

Membre de l'université Paris Lumières
École Doctorale 141 - Droit et science politique.
Centre de Droit International de Nanterre – CEDIN.

Facultad de Derecho.
Departamento de Derecho público y
Ciencias histórico-jurídicas

Lina Marcela Reyes Sarmiento

El principio de proporcionalidad en el derecho internacional económico

Thèse présentée et soutenue publiquement le **15/02/2021** en vue de l'obtention du doctorat
de Droit public de l'Université Paris Nanterre, sous la direction de Mathias FORTEAU en
cotutelle avec l'Université Autonome de Barcelone, sous la direction de Mme Marta
FRANCH I SAGUER (co-directrice)

Jury :

Rapporteur :	M. Josep BARBERÀ	Professeur de droit administratif à l'Université « Pompeu Fabra »
Rapporteur :	M. Juan Carlos PELAEZ	Professeur de droit administratif à l'Université « Externado de Colombia »
Membre du jury :	M. Mathias FORTEAU	Professeur de droit public à l'Université Paris Nanterre
Membre du jury :	Mme. Marta FRANCH	Professeur de droit administratif à l'Université Autonome de Barcelone
Membre du jury :	Mme. Hélène TIGROUDJA	Professeur de droit public à l'Université Aix-Marseille

Facultad de Derecho
Departamento de Derecho público y Ciencias histórico-jurídicas
Doctorado en Seguridad Humana y Derecho global

El principio de proporcionalidad en el derecho internacional económico

Tesis presentada para aspirar al título de doctor por
Lina Marcela Reyes Sarmiento

Realizada bajo la dirección de la Dra. Marta Franch i Saguer
Profesora titular de derecho administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona

Bellaterra, 2021

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi queda condicionat a l'acceptació de les condicions d'ús establertes per la següent llicència Creative Commons:  http://cat.creativecommons.org/?page_id=184

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis queda condicionado a la aceptación de las condiciones de uso establecidas por la siguiente licencia Creative Commons:  <http://es.creativecommons.org/blog/licencias/>

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis is limited to the acceptance of the use conditions set by the following Creative Commons license:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=en>

« La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à l'auteur ».

“La facultad no aprueba ni desaprueba las opiniones emitidas en esta tesis; las opiniones deben ser consideradas como propias al autor”.

A mi padre (in memoriam), una promesa cumplida.

Forma de citación

Con el fin de facilitar la lectura, los números de las notas de página seguirán una sola secuencia por cada capítulo, de manera que, en cada capítulo se contará con la referencia completa de las citas bibliográficas, así se hayan utilizado con anterioridad.

En relación con las fuentes bibliográficas, algunas son consultables en el sitio oficial de internet de cada organización internacional, tal como se ha indicado en cada nota a pie de página. Se tendrá como última fecha de consulta, el mes de diciembre de 2020.

Agradecimientos

Mi agradecimiento va primero, tan natural como sinceramente, al profesor Mathias Foretau por su apoyo y soporte impecables durante todos estos años. Por haber aceptado la dirección de la tesis, mi sincero agradecimiento. Solo espero que este trabajo de investigación no niegue la confianza que amablemente ha depositado en mí.

Igualmente, mi agradecimiento va para la profesora Marta Franch, quien ha aceptado co-dirigir esta tesis doctoral. Por su mirada benevolente, su soporte y sus palabras justas, en los momentos más difíciles, por el tiempo y comprensión que siempre ha tenido a bien otorgarme.

Agradezco respetuosamente a los profesores miembros del jurado, por haberme hecho el honor de aceptar, sentarse a evaluar la presente investigación.

Si bien el desarrollo de una tesis doctoral, generalmente implica un viaje solitario, su culminación seguiría siendo ilusoria sin las amistades que la acompañan. Me permito agradecer, a los profesores y colegas, que aportaron a la visión de esta tesis doctoral. Gracias por contar con su apoyo. Han hecho de estos últimos meses, una oportunidad inesperada para enriquecer el compartir y la complicidad.

Para todos aquellos, familiares y amigos, que me han honrado con un apoyo reconfortante, confianza gratificante, agradezco su presencia invaluable a mi lado. A todas las mujeres que me inspiraron y las que me acompañaron, mostrándome la fuerza que reside en todas.

Mis últimas palabras están dirigidas a mi madre, gracias a quien, todos los días, durante todos estos años, nada es imposible.

Resumen : El principio de proporcionalidad ha tenido un reciente reconocimiento expreso, en los tratados y acuerdos sobre comercio e inversiones internacionales con el Estado. Sin embargo, son pocos los estudios que se concentran en la naturaleza jurídica, contenido, alcance y funciones de este principio, en el derecho internacional económico. La presente tesis plantea un análisis detallado y actualizado sobre el tema.

Palabras clave : principio de proporcionalidad; derecho de la OMC; derecho de las inversiones internacionales

Abstract : The principle of proportionality has had a recent express recognition in international trade and investment treaties and agreements with the State. However, few studies focus on the legal nature, content, scope and functions of this principle in international economic law. This thesis presents a detailed and updated analysis on the subject.

Keywords : Principle of proportionality; WTO's Law; International investment law

Droits d'auteur :

Droits d'auteur réservés. Toute reproduction sans accord exprès de l'auteur à des fins autres que strictement personnelles est prohibée.

Derechos de autor :

Derechos de autor reservados. Queda prohibida cualquier reproducción sin el consentimiento expreso del autor con fines distintos a los estrictamente personales.

Índice

Índice	p. 10
Siglas y abreviaciones	p.12
Introducción.....	p. 15
Primera parte – Los contornos de la proporcionalidad.....	p. 52
Título I – La inexistencia de un estatus jurídico satisfactorio	p. 54
Capítulo 1. Los límites en la calificación del principio de proporcionalidad	p.56
Capítulo 2. Los límites en la consolidación de una fuente jurídica autónoma.....	p.103
Conclusiones del título I.	p.145
Título II - La existencia de una noción jurídica con geometría variable.	p.147
Capítulo 3. La proporcionalidad como noción jurídica explícita	p.150
Capítulo 4. La proporcionalidad como noción jurídica implícita.	p.202
Conclusiones de la primera parte	p.249
Segunda Parte – La implementación en el derecho internacional económico.	p.251
Título III – La intensidad del control de proporcionalidad en la solución de diferencias.....	p.253
Capítulo 5. Los niveles de intensidad en la solución de diferencias de la OMC.....	p.256
Capítulo 6. Los niveles de intensidad en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado.	
Conclusiones del capítulo	p.356
Conclusiones del título III.	p.358
Título IV – Las funciones de la proporcionalidad en el derecho internacional económico....	p. 360
Capítulo 7. Las funciones técnicas en el razonamiento jurisdiccional	p.362
Capítulo 8. Las funciones sistémicas en el derecho internacional económico.	p.400
Conclusiones del capítulo	p. 444
Conclusiones generales	p.446
Anexo-Resumen de la tesis en francés	p.452
Bibliografía	p.481
Tabla de materias.	p.505

Siglas y abreviaciones

Siglas

AAE/EPA: Estados del Acuerdo de Asociación Económica
ACR: Acuerdo Comercial Regional
ADPIC: Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
AESAN: Asociación de Naciones del Sudeste Asiático
AGCS: Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de 1994
AMSFS: Acuerdo sobre Medidas sanitarias y fitosanitarias
AOTC: Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio
ASMC: Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias
CARIFORO/CARIFORUM: Foro del Caribe.
CCI: Corte de Comercio Internacional
CDAA/SADC: Comunidad de Desarrollo del África Meridional.
CDI: Comisión de derecho internacional
CEDH: Convención Europea de Derechos humanos
CEPA: Estados de Comunidad Europea de Energía Atómica
CETA: Acuerdo Integral de Economía y Comercio
CIA: Corte Internacional de Arbitraje
CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CPA: Corte Permanente de Arbitraje
CVDT: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
DIE: Derecho internacional económico
ESD: Entendimiento sobre la solución de diferencias de la OMC.
GATT : Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947
ICC: Insitiuto de la Cámara de Comercio de Paris
ICCE: Instituto de la Cámara de Comercio de Estocolmo
MSFS: Medidas sanitarias y fitosanitarias
OMC: Organización Mundial del Comercio
ONU: Organización por las Naciones Unidas
OTC: Obstáculos Técnicos al Comercio
TAIIE: Tribunales de Arbitraje Internacional de Inversiones con el Estado

TBI: Tratado bilateral de Inversiones
TCE: Tratado de la Carta de Energía
TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIJ: Tribunal internacional de Justicia
TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión europea
UE: Unión Europea

Abreviaciones y latinismos

Ad hoc: para esto
Addendum : adicional
Cfr. : confrontar con
Coord. : coordinador
De novo: de nuevo
Éd.: editor
Et. Al. : y otros
Ibíd.: Ibídem
In: en
Infra: más abajo
lex generalis: derecho general
lex specialis: derecho especial
Nº: número
Non liquet: no está claro
Op.cit.: antes citado
Prima facie : por primera vez
p. página
pp.: páginas
ratione loci: lugar determinado
rationae temporis: tiempo determinado
Sub judice: sujeto a discusión judicial
supra: más arriba
stricto sensu : en sentido estricto
vol.: volumen

INTRODUCCIÓN

El 8 de enero de 2020, Japón y Marruecos suscribieron un tratado bilateral de inversiones¹, en cuyo anexo se establece que:

“Annex referred to in Article 9. Expropriation and Compensation.

(...)3. The determination of whether a measure or a series of measures of a Contracting Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors: (...)

*c) the character of the measure or series of measures, including the duration of such measure, whether such measure is non-discriminatory and **whether such measure is disproportionate with regard to the public interest purpose**²”.* (negrillas fuera del texto).

La referencia expresa a la proporcionalidad y/o desproporción de las medidas estatales, en los recientes acuerdos y tratados sobre comercio e inversiones internacionales, es cada vez más frecuente³. Sin embargo, son pocos los estudios que hacen un análisis de la reciente aplicación del principio de proporcionalidad en el derecho internacional económico. Con el fin de emprender un estudio detallado y actualizado al respecto, se requiere de un marco espacial y temporal determinados.

I. Delimitación del tema

El derecho internacional económico, en adelante -DIE-, en tanto que « *regroupement au deuxième degré de matières régies par le droit international ‘classique’*⁴ », regula la complejidad y constante evolución de las relaciones económicas internacionales. Esta área del derecho internacional tiene como fin « [de] *fournir un cadre de réglementa-*

¹ Tratado de promoción y protección de inversiones, suscrito el 8 de enero de 2020 entre el Reino de Marruecos y Japón. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5908/download>

² Ver página 17.

³ Entre 2014 y hasta octubre de 2020 encontramos referencias a medidas ‘proporcionadas’, así como la prohibición de medidas ‘desproporcionadas’, en los tratados bilaterales de inversión, así como en los acuerdos internacionales, con disposiciones en materia de inversiones internacionales, disponibles en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>. Lo mismo ocurre, en algunas disposiciones de los Acuerdos de la OMC y en los acuerdos comerciales regionales, notificados a la OMC. Datos disponibles en : <http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx> (2014/2020 es el periodo sobre el que se hizo el presente estudio doctoral. Ver delimitación *rationae temporis*, *infra*).

⁴ DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public*, L.G.D.J. 8^{ème} édition, Paris, 2009, 1722 p., p. 1150.

tion à l'intérieur duquel seront canalisés les phénomènes internationaux de caractère macro-économique ⁵».

Uno de esos fenómenos es la globalización, consecuencia del nuevo orden económico internacional, que se caracteriza por « *une réduction sans précédent des frontières économiques permettant une libre circulation des facteurs de production à un point tel que les acteurs de l'économie ont été conduits à dépasser une logique limitée aux échanges entre les nations pour poursuivre des stratégies globales, mondiales* ⁶ ». Este fenómeno ha aportado nuevas interacciones internacionales, nuevos actores y formulación de nuevas normas en un orden económico internacional mundializado. En la reflexión sobre la dialéctica entre el derecho y la globalización se ven emerger diferentes conceptos y teorías tales como “el nuevo derecho global⁷”, el “derecho mundial⁸” y otras mas audaces como la del “derecho administrativo global⁹”.

En cuanto al derecho administrativo global, en adelante -DAG -, sus arquitectos observan la existencia de un ‘espacio administrativo global’ sin estructura centralizada ni formalismo, lo que interroga sobre ‘*the accountability*’ que esto engendra. Para llenar ese déficit, los autores proponen un ‘corpus normativo’ destinado a regular la gobernanza global¹⁰. Se trata de una serie de principios y de obligaciones jurídicas de carácter procesal y substancial, con el fin de regular las relaciones en el espacio administrativo global. Entre esos principios, proponen la aplicación de la proporcionalidad en estos términos:

“4. *Substantive Standards: Proportionality, Means-Ends Rationality, Avoidance of Unnecessarily Restrictive Means, Legitimate Expectations. Especially when individual rights are placed at the forefront, global administrative law might be expected to embody*

⁵JUILLARD, Patrick « Les Nations Unies et l'élaboration du droit international économique, Rapport introductif », in *Les Nations Unies et le droit international économique*, Coloquio de la Sociedad de Derecho Internacional, Paris, Pedone, 1986, vii, 383 p., p. 10.

⁶CHEMAIN Régis, « L'ordre économique internationale à l'heure de la mondialisation » in DAILLIER Patrick, de LA PRADELLE Géraud et GHÉRARI Habib, *Droit de l'économie internationale*, Centre d'études en droit international de l'Université Paris X (CEDIN), Éditions Pedone, 2004, 1119 p., p. 19.

⁷DOMINGO Rafael, *The New Global Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, 212 p.

⁸Selon Harold BERMAN « world law is simply law that is the same throughout the world. Previously called jus gentium-the law of peoples, the law common to all nations, the law within nations as distinguished from the law between nation-states-we now call it world law » in BERMAN Harold, « Introduction to the World Law Institute », in *Emory International Law Review*, vol. 22, n°1, 2008, pp. 1-6, p.1.

⁹KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico & STEWART Richard, « The Emergence of Global Administrative Law », in *Law and contemporary problems*, Duke University School of Law, vol. 68, n° 3/4, 2005, p. 15-61.

¹⁰*Ibid.*, p. 15.

substantive standards for administrative action, like those applied in a domestic context—such as proportionality, rational relation between means and ends, use of less restrictive means, or legitimate expectations¹¹.”

Sin embargo, la doctrina del derecho administrativo global –DAG-¹² ha sido objeto de críticas importantes sobre su existencia, naturaleza, límites y sus aportes al derecho internacional¹³. Una de las críticas concierne la visión deformada que el DAG dirige al derecho internacional clásico. En efecto, el razonamiento seguido por el DAG :

« Conduit à nier au ‘ vieux’ droit international toute capacité à encadrer les administrations internationales et à revendiquer le développement d’une nouvelle approche, ‘ inter-publique’, du droit international qui serait seule à même de fonder le développement de principes ou de normes ‘administratives’ capables de limiter ou d’encadrer les pouvoirs administratifs internationaux¹⁴. »

Consideramos que, a pesar de la compleja y constante evolución en las relaciones económicas internacionales, el DIE guarda su capacidad de regulación y para ello, hace uso de normas propias de esta área del derecho o *lex specialis*¹⁵, así como, en los casos en

¹¹ *Ibid.*, p. 40.

¹² Son varios los autores que han abordado el estudio de los fenómenos jurídicos actuales, a partir del GAL. Ver, entre otros: CASSESE Sabino, “Il diritto amministrativo globale: una introduzione”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2005, n° 2, pp. 331-358. CASSESE Sabino; BATTINI, Stefano; D’ALTERIO, Elisa, *et al.* “Global Administrative Law: An Italian perspective” in *EUI RSCAS*, 2012, vol. 04. Disponible en: <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/22374>. DARNACULLETA Mercè, “El derecho administrativo global. ¿un nuevo concepto clave del derecho administrativo?” in *Revista de Administración Pública*, n°199, Madrid, 2016, pp. 11-50.

¹³ Otros autores han mostrado reservas sobre la visión del derecho internacional que ofrece el GAL. Ver, entre otros : AUBY Jean-Bernard, « La théorie du droit administratif global : Brève présentation critique », in Troisième session du Séminaire sur Droit Administratif Comparé, Européen et Global. L’émergence d’un droit administratif global. Sciences Po-Chaire Mutations de l’Action Publique et du Droit Public, Paris, 3 de mayo de 2007, pp. 1-9, p. 7, disponible en : <https://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr.chaire-madp/files/jba.pdf>. BALBÉ Manuel, “El futuro del Derecho Administrativo en la Globalización: entre la americanización y la europeización” in *Revista de Administración Pública*, n°174, Madrid, 2007, pp. 215-276, p. 253. MOCKLE Daniel, « Débat sur les Principes et les Fondements du Droit Administratif Global », in *Les Cahiers de Droit*, vol. 53, n°1, 2012, pp. 3-48. Así mismo se han organizado varias jornadas de reflexión en torno al GAL, generando publicaciones colectivas. Ver, entre otras: BORIES Clémentine (dir.), *¿Un droit administratif global ? A Global Administrative Law. Actes du colloque organisé les 16 et 17 juin 2011 par le CEDIN et le CRDP à l’Université Paris Ouest, Nanterre la Défense*, Pedone, 2012, 393 p.

¹⁴ FORTEAU Mathias, « Le droit administratif global, signe d’une évolution des techniques du droit international ? » in BORIES Clémentine (dir.), *¿Un droit administratif global ? A Global Administrative Law, loc.cit.*, pp. 169-183, p. 178.

¹⁵ El Tribunal Internacional de Justicia, hizo referencia en estos términos : « D’une manière générale, les règles conventionnelles ayant le caractère de *lex specialis*, il ne conviendrait pas qu’un État présente une demande fondée sur une règle de droit international coutumier si, par traité, il a déjà prévu des moyens de régler une telle demande ». Recueil 1986. Decisión de fondo en el asunto : Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États Unis d’Amérique), p. 137, párrafo 274.

que sea necesario y procedente, *la lex generalis*¹⁶. De manera que, el estudio del principio de proporcionalidad será abordado a partir de una visión clásica del DIE. Así mismo, se tendrá en cuenta una visión publicista, es decir que, el estudio se concentrará en la regulación de las relaciones económicas entre los Estados y/o entre un Estado y otro(s) sujeto(s) de derecho internacional¹⁷. Ahora bien, en virtud de las características propias del derecho internacional económico y del principio de proporcionalidad, se hace necesario tener presente los límites espaciales (A) y temporales (B) del tema.

A. Límites *ratione loci*

A partir de una perspectiva analítica, el DIE regula las relaciones internacionales en materia de comercio, inversiones, así como las relaciones financieras¹⁸. Sin embargo, el principio de proporcionalidad aún no ha sido reconocido en la práctica de supervisión y asistencia técnica desplegada por las organizaciones internacionales, pertenecientes a los sistemas monetario, bancario y de finanzas internacionales¹⁹. Del mismo modo, estos sistemas se desarrollan en el marco de la prevención y no están sometidos a un control jurisdiccional²⁰ específico, en el plano internacional²¹.

¹⁶ Basta con entender el término ‘general’ en relación con su contraparte lógica, el término ‘especial’. Es decir que allí se incluye, siempre que sea aplicable, tanto el derecho interno como normas provenientes de otras áreas del derecho internacional. Si bien no existe una definición unánime de ‘derecho internacional general’, la inclusión del *jus cogens* es irrefutable. Ver : SHELTON Dinah, « International Law and ‘Relative Normativity’ », in EVANS Malcom (éd.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 865 p., p. 153.

¹⁷ CARREAU D., JUILLARD P., *Droit international économique*, 6^{ème} édition. Dalloz, Paris, 2017. Dalloz en línea, disponible en: <https://www.dalloz.fr>, p. 11-12.

¹⁸ Según la visión clásica del derecho internacional económico, presentada por Dominique CARREAU y otros : « Si l’on envisage le contenu du droit international économique d’un point de vue analytique, on sera conduit à distinguer entre activités de production, d’une part, et mouvements internationaux des facteurs de production, d’autre part (....) Si l’on limite ainsi le champ du droit international économique aux règles régissant l’ensemble des mouvements internationaux des facteurs de production – dès lors qu’ils présentent un caractère macro-économique, par opposition au caractère micro-économique, on discernera au sein de cet ensemble plusieurs sous-ensembles : le droit international du commerce (...), le droit international de l’établissement et de l’investissement (...) et le droit des financements internationaux ». CARREAU Dominique y otros, *op.cit.*, nota n° 17, p. 5-6.

¹⁹ Las organizaciones internacionales, tales como: el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Ver BORIO Claudio, « The international monetary and financial system: its Achilles heel and what to do about it », in *BIS Working Papers*, n° 456, 201, pp. 1-27, p. 20. Disponible en: <https://www.bis.org/publ/work456.pdf>.

²⁰ El carácter “jurisdiccional” de las decisiones que serán objeto de estudio será aclarado más adelante. Ver límites del estudio, *infra*.

²¹ DAILLIER Patrick y otros, *op.cit.*, n° 4, páginas 845-865.

De manera que, un estudio profundo del principio de proporcionalidad limita el análisis a los dominios que cuentan con un sistema “jurisdiccional²²”, es decir, el derecho del comercio y de las inversiones internacionales²³. En virtud que, el principio de proporcionalidad ha sido ampliamente analizado a nivel regional (1), resulta de interés abordar el plano universal sobre el tema (2).

1. La exclusión de un estudio a nivel regional

El principio de proporcionalidad ha sido objeto de numerosos estudios a nivel regional, especialmente en el derecho de la Unión Europea, en donde su reconocimiento se ha consolidado en materias de derecho internacional económico. En efecto, el principio de proporcionalidad ha sido aplicado en las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en adelante-TJCA²⁴ y observamos como en varias de sus decisiones se hace uso del test de proporcionalidad, en lo que pareciera una acción coordinada del derecho regional²⁵. En otros contextos regionales, tales como, la organización para la armonización del derecho mercantil en África - OHADA-, o bien la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático -ASEAN- o la Asociación Sudasiática para la Cooperación Regional - SAARC-, la aplicación del principio de proporcionalidad es tan poco frecuente, que no resultaría interesante abordar un estudio como el que se pretende con la presente tesis²⁶.

²² Si bien podría pensarse que, al interior del Fondo Monetario Internacional existen mecanismos de solución de diferencias estos cumplen con funciones de carácter político más que de carácter jurisdiccional.

²³ Nos hemos concentrado en la aplicación jurisdiccional del principio de proporcionalidad, en la solución de fondo de las diferencias, en materia de comercio e inversiones internacionales con el Estado. Es decir que, no se entrará a analizar el principio de proporcionalidad aplicado en la admisibilidad y análisis de las evidencias presentadas ante los tribunales de arbitramento, según lo ordenado por el artículo 9 de las Reglas de la Asociación Internacional de la Barra. Ver: Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional. *International Bar Association*. 2010. Disponibles en: <file:///Users/linareyessarmiento/Downloads/IBA%20Rules%20on%20the%20Taking%20of%20Evidence%20in%20Int%20Arbitration%202010%20-%20SPANISH.pdf>

²⁴ El principio de proporcionalidad es a menudo aplicado por el Tribunal de Justicia de la CAN en los litigios concernientes al derecho fiscal, la propiedad intelectual y el comercio regional. Algunas decisiones que hacen referencia expresa al principio de proporcionalidad, en esos ámbitos, están disponibles en: http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca1/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=82.

²⁵ SIERRA CADENA Grenfieth, “Une approche comparée des principes de proportionnalité et de subsidiarité dans la jurisprudence de la CJUE et du TJCA: la coordination-harmonisation des pluralismes juridiques régionaux à l’épreuve de l’internationalisation du droit de l’intégration”, in *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, 2013, vol. 15, n° 2, pp. 127-158, p. 140.

²⁶ En el espacio OHADA, encontramos una aplicación indirecta del principio de proporcionalidad, a través del principio de igualdad contractual, en los casos en los que se trata de encontrar un equilibrio entre el contrato principal y el contrato de garantía, en materia de seguros. Sin embargo, el principio de proporcionalidad no ha sido reconocido de forma expresa y su aplicación indirecta es precaria. Ver NFOUTCHA Georges, « La proportionnalité dans les contrats de garantie : contribution a la théorie de l’équilibre des contrats ». *Revue trimestrielle de droit africain*, n°. 893, vol. 125, Éditions Juris Africa, Paris,

En cambio, el Continente Europeo es una de las regiones con mayor desarrollo del principio de proporcionalidad. En efecto, en el derecho de la Unión Europea, el principio de proporcionalidad ha sido reconocido, tanto a nivel convencional²⁷, como en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en adelante -TJUE²⁸. Es más, a partir de la decisión *Schröder* del TJUE “el principio de proporcionalidad forma parte de los principios generales del derecho comunitario²⁹”. Lo anterior ha llevado a que se desarrollen diferentes estudios doctrinales sobre el tema³⁰. En cuanto al sistema europeo de derechos humanos, la Convención Europea de derechos humanos, en adelante-CEDH-, no ha reconocido de forma expresa el principio de proporcionalidad. Sin embargo, el Tribunal Europeo de derechos humanos, en adelante -TEDH-, lo ha venido aplicando, en el control judicial de varias disposiciones de la Convención³¹, lo que también ha despertado

2015, pp. 471-483, p. 480. En cuanto al derecho de la ASEAN, el principio de proporcionalidad no ha tenido un desarrollo en materia económica sino en relación con los derechos humanos. Ver : BUI, Hien. "The ASEAN Human Rights System: A Critical Analysis." *Asian Journal of Comparative Law*, vol. 11, no. 1, 2016, p. 111-140, p. 121. En el caso de la SAARC, el principio de proporcionalidad no ha recibido reconocimiento oficial ni se han aplicado correctamente en dicho contexto. Ver: CARUSO, Ugo. « Comprehensive Security in South Asia: SAARC and the Applicability of OSCE Standards ». *European Yearbook of Minority Issues*, 2009, vol. 8, pp. 541-574, p. 550.

²⁷ En el Artículo 5 del Tratado de Maastricht de 1992, en el protocolo 2 del Tratado de Amsterdam que entró en vigor en 1999. Finalmente en el parágrafo 4 del Art. 5 del Tratado de Lisboa que entró en vigor en 2009. El principio de proporcionalidad es reconocido en el protocolo N° 2 del Tratado de Lisboa, 2009, y en los artículos 69, 276 y 296 del Tratado fundador de la Unión Europea (TFUE). También ha sido considerado un criterio general, según el artículo 52.1 de la Carta Fundamental de la Unión Europea. Documentos disponibles en: <https://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law>

²⁸ En la organización de mercados agrícolas, la libre circulación de mercancías, el comercio exterior, la libre circulación de personas, la libertad en la prestación de los servicios de establecimiento, el derecho de la competencia, el tratado CECA y el derecho de la función pública. SCHWARZE, Jürgen, « Le principe de proportionnalité », in AUBY Jean-Bernard (éd.) *Le droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 2ème édition, « Collection Droit Administratif » pp. 721-911. página 772.

²⁹ TJUE. Sentencia del 11 de julio de 1989, en el caso 265/87 *Schröder v. Hauptzollamt Gronau*, Sala quinta, , p. 2269, párrafo 21, versión en español, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61987CJ0265>.

³⁰ La doctrina en torno al principio de proporcionalidad en el derecho de la Unión Europea es bastante extensa. También se han escrito varias tesis doctorales. A modo de ejemplo, ver, entre otras: MARZAL YETANO, Antonio, *La dynamique du principe de proportionnalité : Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Tesis de derecho internacional público, sustentada en la Universidad Paris I, 2013, bajo la dirección de Mme. Horatia MUIR WATT, 1 vol, 547 p., p. 30. BERRADA Saad, *Le principe de proportionnalité dans l'ordre juridique communautaire* , Tesis de doctorado en derecho público sustentada en la Université Bordeaux 4, en 2003, 680 p. RIFAT Tinç, *Le contrôle de proportionnalité des mesures nationales restrictives des échanges: un instrument de légalité au service de l'intégration*, Tesis de doctorado en derecho público de la Université de Strasbourg, 2009, 617 p. En derecho de la competencia, ver las tesis: THIBAUT Florence, *La proportionnalité des sanctions prononcées par les autorités de concurrence*, Tesis de doctorado en derecho. Universidad de Toulon, 2000, 532 p. OTTONI Sibilla, *Principe de proportionnalité et droit de la concurrence*. Tesis de doctorado en derecho público, en el marco de una cotutela entre la Université Panthéon-Assas-Paris II y la Università degli studi La Sapienza, Rome, 2014, 995 p.

³¹ En relación con la prohibición de la esclavitud y trabajos forzados (Art. 4), el derecho de audiencia en los procedimientos judiciales (Art.6.1.), la protección de la esfera privada (art. 8), la libertad

el interés de la doctrina³². Entre esas disposiciones, encontramos el artículo 1 del protocolo 1 de la Convención de 1950 que se refiere al respeto de los bienes. Así mismo, ese artículo establece que: “Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional³³”. Este artículo ha dado lugar a importante jurisprudencia del TEDH y ha sido ampliamente comentado³⁴.

De manera que, un estudio a nivel regional no resulta interesante bien sea porque en algunas regiones se debate la existencia misma del principio de proporcionalidad en materia económica, o bien, porque en otras regiones ha sido objeto de exhaustivos estudios. En cambio, el principio de proporcionalidad en el derecho de la OMC y de las inversiones internacionales ha sido reconocido de forma expresa, sin embargo, sigue siendo un área poco explorada a nivel doctoral, razón por la cual hemos concentrado el estudio a ese campo específico, sin descartar las referencias al derecho regional, en los casos en que resulte pertinente o necesario.

de pensamiento, conciencia y religión (art. 9), la libertad de expresión (art. 10), y la libertad de reunión y asociación (art. 11), el derecho a la libre elección de pareja en el matrimonio (Art. 12) y la prohibición de discriminación (Art.14). Igualmente, en los Protocolos Adicionales del Convenio. Así, por ejemplo, el artículo 1.1 del Primer Protocolo Adicional que reconoce el respeto al derecho de propiedad; el artículo 2.3 del Cuarto Protocolo Adicional que reconoce los derechos a la libertad de circulación; el artículo 1.2 del Séptimo Protocolo Adicional, que reconoce la protección de los extranjeros frente a la expulsión. Convención Europea de Derechos Humanos, disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf. Así mismo, el principio de proporcionalidad ha sido aplicado respecto de la protección indirecta del derecho a un medio ambiente sano. Ver TIGROUDJA, Hélène, «El derecho a un ambiente sano en la jurisprudencia de la Corte Europea de derechos humanos», *Revista de derecho ambiental, Chile*, 2015, vol. 3, pp. 155-167, p. 161. Disponible en: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/36505/38126>

³² Se han escrito numerosos artículos y libros, así como tesis doctorales. Ver, a modo de ejemplo: MUZNY, Petr, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Tesis de doctorado en derecho público, sustentada en la Universidad Montpellier 1, 2004, 734 p. Ver también: RACHO Tania, *Le système européen de protection des droits fondamentaux*, Tesis de doctorado en derecho europeo sustentada en la Université Paris II- Panthéon-Assas; 2018; 649 p.

³³ Disponible en : https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

³⁴ Ver, entre otros: RUIZ FABRA Hélène. “The approach taken by the European Court of Human Rights to the Assessment of compensation for regulatory expropriation of the property of Foreign Investors”, *New York University Environmental Law Journal*, 2003, vol. 11, pp. 148-173.

2. El campo de estudio seleccionado

El derecho de la OMC y el derecho de las inversiones internacionales con el Estado está regido, en principio, por la *lex specialis*³⁵. En efecto, dentro de las reglas convencionales del derecho de la OMC encontramos los acuerdos multilaterales o Acuerdos Marco de la OMC³⁶; los acuerdos plurilaterales³⁷ y los acuerdos comerciales regionales, en adelante -ACR, notificados a la OMC. Este tipo de arreglos son una excepción al principio de no discriminación comercial y la notificación de los mismos a la OMC permite evaluar su intervención en la liberalización mundial del comercio³⁸. Si bien la denominación de ‘regionales’ pretende hacer una distinción con los Acuerdos Multilaterales o Marco de la OMC, las partes firmantes no siempre pertenecen a una misma región geográfica. De hecho, los acuerdos comerciales ‘regionales’, pueden ser suscritos entre dos regiones o grupos de países; entre una región y un Estado o entre Estados de diferentes regiones³⁹ y por tanto, pueden considerarse parte de las fuentes del DIE, desde una visión extra regional.

³⁵ Ver GOURGOURINIS, Anastasios. "Lex Specialis in WTO and Investment Protection Law." *German Yearbook of International Law*, 53, 2010, p. 579-622, p. 581.

³⁶ El Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, de 1994, y sus Anexos, con inclusión de todas las modificaciones y adiciones desde su entrada en vigor. Los textos jurídicos son los siguientes: el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1947); el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994; el Acuerdo sobre la Agricultura; el Acuerdo Sobre La Aplicación De Medidas Sanitarias Y Fitosanitarias, en adelante -AMSF-; el Acuerdo Sobre Los Textiles y el Vestido; el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos Al Comercio, en adelante -AOTC-; el Acuerdo Sobre Las Medidas En Materia De Inversiones Relacionadas con El Comercio, en adelante -AMIC-; el Acuerdo Relativo A La Aplicación Del Artículo VI Del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros Y Comercio de 1994; el Acuerdo Relativo A La Aplicación Del Artículo VII Del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros Y Comercio de 1994; el Acuerdo sobre Inspección Previa a La Expedición; el Acuerdo Sobre Normas de Origen; el Acuerdo Sobre Procedimientos para el trámite de Licencias de Importación; el Acuerdo Sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, en adelante -ASMC-; el Acuerdo Sobre Salvaguardias y medidas compensatorias, en adelante -ASMC-; el Acuerdo Sobre Facilitación Del Comercio; el Acuerdo Sobre Los Aspectos De Los Derechos De Propiedad Intelectual Relacionados Con El Comercio, en adelante -ADPIC-; el Entendimiento Relativo A Las Normas Y Procedimientos por los que se rige la solución De Diferencias. Ver: Los Acuerdos de la OMC, documento disponible en: https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/wtoagreement_s.pdf.

³⁷ Así mismo, encontramos dos acuerdos plurilaterales, es decir que no todos los miembros de la OMC los han suscrito. El primero es el Acuerdo relativo al comercio de aeronaves civiles; el Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos, el Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino y el Acuerdo relativo a la contratación pública. Los textos están disponibles en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm

³⁸ Al respecto, encontramos una explicación detallada en la página de la OMC, específicamente en este enlace: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/scope_rta_s.htm. Ver también: ZIEGLER, Andreas, MAIA, Laina, “¿Conflictos en la integración regional? Consideraciones acerca de la superposición de los acuerdos internacionales de inversión, los acuerdos comerciales regionales y la OMC”, in *Revisita Con-Texto*, n.º 46, pp. 77-97, p. 80.

³⁹ Por ejemplo, el acuerdo entre Mercosur y la Unión Aduanera del África Meridional (SACU), que entró en vigencia el 1 de abril de 2016 y fue notificado a la OMC el 19 de julio de 2017. Así mismo, el acuerdo entre la Unión Económica Euroasiática e Irán, que entró en vigencia el 27 de octubre de 2019 y notificado a la OMC el 31 de enero de 2020. Igualmente, en el 2020 encontramos, el acuerdo entre Perú y

En cuanto al derecho de las inversiones internacionales con el Estado, a pesar del fallido intento de Acuerdo Multilateral de Inversiones⁴⁰, encontramos algunos tratados multilaterales, actualmente vigentes, con disposiciones en materia de inversiones internacionales. Por ejemplo, el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio-MIC de la OMC y el Tratado sobre la Carta de Energía, ambos suscritos en 1994⁴¹. Sin embargo, la mayoría de reglas convencionales están contenidas en acuerdos y tratados que no tienen el alcance ‘multilateral’. En particular, los tratados para la promoción y protección de las inversiones internacionales, también conocidos como tratados bilaterales de inversión, en adelante -TBI’s-. Así mismo, encontramos disposiciones sobre inversiones internacionales con el Estado en los acuerdos internacionales de inversiones, en adelante -AII⁴², los cuales son suscritos por diferentes sujetos de derecho internacional, tal como ocurre con los ACR, y rigen otras materias, además de las inversiones internacionales, por ejemplo, los Acuerdos de libre intercambio FTA rigen las relaciones de apertura comercial entre los países firmantes y contienen un capítulo específico sobre inversiones internacionales con el Estado.

También encontramos las decisiones en materia de solución de disputas, especialmente aquellas que ponen fin a un conflicto, tanto en el derecho de la OMC, como en el derecho de las inversiones internacionales con el Estado. Gracias a esas decisiones es posible comprender el sentido que adquieren los principios jurídicos, en cada caso concreto. De hecho, « *l’arbitrage international ... a longtemps été le principal (si ce n’est unique) promoteur et utilisateur* »⁴³ de los principios generales de derecho. Tan es así

Australia que entró en vigencia el 11 de febrero y fue notificado el 24 de junio y el acuerdo entre Estados Unidos, Mexico y Canada (USMCA/CUSMA/T-MEC) que entró en vigor el 1 de julio y fue notificado a la OMC el 16 de septiembre de 2020. Datos disponibles en: <http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx>.

⁴⁰ El Acuerdo Multilateral de Inversiones -AMI-, negociado en 1998, el cual debía ser adoptado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y por la Organización Mundial del Comercio (OMC) fracasó, debido a las protestas mundiales y la oposición de varios países. Al respecto ver, entre otros: AUDIT, Mathias; CALLE, Pierre; BOLLEE, Sylvain. *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 2019 ; 3era edición, 842 p., p. 230 y ss.

⁴¹ El Acuerdo MIC, negociado durante la Ronda Uruguay, fue suscrito el 15 de abril de 1994 y se aplica únicamente a las medidas que afectan al comercio de mercancías. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/18-trims_s.htm. El tratado sobre la Carta de Energía fue suscrita en Lisboa el 17 de diciembre de 1994. Disponible en: <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>.

⁴² Consultables en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

⁴³ PROTIERE Guillaume, « Les principes généraux dans la jurisprudence internationale : éléments d’une différenciation fonctionnelle » in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, 2008, p. 259-292, p. 2. Disponible en : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00823910>.

que, desde antes de 1920, una sentencia arbitral, sobre dos, hacía mención a algún principio general de derecho⁴⁴.

De manera que, el análisis del principio de proporcionalidad en el DIE requiere del estudio de las decisiones jurisdiccionales, es decir que este estudio es esencialmente basado en la práctica decisonal y para ello, es necesario tener en cuenta las características más importantes de cada sistema de solución de diferencias. En efecto, las disputas entre Estados, respecto a la aplicación de los Acuerdos de la OMC son resueltas por el Órgano de Solución de Disputas, en adelante -OSD- de la OMC, con base en un procedimiento específico **(a)**. En relación con las disputas en materia inversiones internacionales con el Estado, se ha dado especial preferencia a la solución definitiva del litigio, a través del arbitraje internacional de inversiones con el Estado, el cual también cuenta con ciertas características especiales **(b)**.

a. La solución de diferencias en la OMC

El sistema de solución de diferencias de la OMC en cabeza del OSD, está integrado por el Grupo especial y el Órgano de apelación, quienes dirigen el procedimiento hasta la presentación de un informe de recomendaciones y observaciones, con el que se intenta resolver la diferencia entre los Estados parte en la disputa. Este sistema nació con el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 (GATT), el cual contemplaba a las consultas como único mecanismo para la resolución de disputas⁴⁵. Con el tiempo, esta forma diplomática de resolución de diferencias se convirtió en un sistema basado en reglas, pero aún no vinculantes para las partes. Los Estados firmantes del GATT comenzaron a nombrar paneles de colegas diplomáticos, en el área comercial, con el fin de examinar e informar sobre cuestiones derivadas con las controversias. Esos informes estaban sujetos a aprobación unánime, es decir, adopción por los Estados Miembros, a través del Consejo del GATT. Cuando surgieron disputas, las partes del GATT no

⁴⁴ PELLET Alain, *Recherches sur les principes généraux de droit en droit international*, Tesis de doctorado en derecho, sostenada en la Universidad Paris II, Paris, 1974, 1 vol, 503 p., p. 31.

⁴⁵ Ver artículo 22 del GATT de 1947. Ver también: WINDSOR Matthew, « Fine Balance - Delegation, Standards of Review, and Subsidiarity in WTO Dispute Settlement », *Auckland University Law Review*, vol. 14, no. 1, 2008, pp. 41-80, p. 46.

tenían derecho a exigir el establecimiento de un grupo especial⁴⁶. De hecho, el establecimiento de un panel requería un consenso unánime por todas las partes contratantes, lo que le dio a los Estados encuestados la capacidad de evitar el proceso de solución de disputas por completo, mediante el ejercicio del poder de veto, *de facto*. Incluso cuando un panel escuchaba una disputa y emitía una decisión favorable al Miembro reclamante, la adopción del informe del grupo especial todavía requería el consenso unánime de las partes del GATT para su adopción. Como resultado, cualquier Miembro podría evitar la implementación de dicho resultado, al negarse a dar su consentimiento para la adopción del informe del panel⁴⁷. Las debilidades percibidas en el proceso de solución de controversias del GATT llevaron, a algunos Estados, a buscar el establecimiento de procedimientos para la resolución de disputas durante la Ronda de Uruguay. Producto de dicho esfuerzo, se firmó el Entendimiento de la OMC de 1994, sobre Reglas y Procedimientos que gobiernan la Solución de Disputas, en adelante – ESD-, el cual proporcionó un proceso unificado de resolución de disputas para conflictos que surjan en todos los aspectos multilaterales y Acuerdos comerciales plurilaterales celebrados durante la Ronda de Uruguay⁴⁸.

Con el fin de garantizar una solución eficiente del conflicto, el ESD contempló plazos estrictos para el inicio, la adjudicación y la adopción de la resolución de las diferencias. Si una disputa entre los Miembros de la OMC no puede resolverse mediante consultas (de acuerdo con lo contemplado en el Artículo 4), puede presentarse ante un panel *ad hoc*, generalmente compuesto por tres personas, seleccionadas por funcionarios de la secretaría del OSD⁴⁹. El ESD afirma el derecho de queja de un Estado Miembro para iniciar un proceso de panel, sin embargo, también establece una regla de “consenso inverso” para la adopción de los informes del panel, lo que significa que los Miembros insatisfechos con el resultado de tales resoluciones no pueden bloquear su adopción, de acuerdo con la obligación de cumplimiento derivada de dicha adopción⁵⁰. Si un Miembro se encuentra insatisfecho con el informe del panel, el ESD establece la posibilidad de presentar un recurso ante el Órgano de Apelación permanente de la OMC. Dicho recurso se limita a

⁴⁶ HUDEC Robert E, *Enforcing International Trade Law: The Evolution of the Modern GATT Legal System*. Salem, N.H., Butterworth Legal Publishers, 1993, 630 p., pp. 100-120.

⁴⁷ LOWENFELD Andreas F, *International Economic Law*, 2ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2008, 900 p., pp. 145-161.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Entendimiento sobre Reglas y Procedimientos que gobiernan la Solución de Disputas de la OMC, Anexo 2, 1994 -ESD-. Artículos 4.6, 4.7, 6 y 8.5.

⁵⁰ ESD, artículo 16

“cuestiones de derecho cubiertas en el informe del panel y las interpretaciones legales allí desarrolladas⁵¹”.

El Órgano de Apelación está compuesto por siete personas nombradas por consenso, a través del OSD, que pueden cumplir hasta dos mandatos de cuatro años. Los funcionarios de la Secretaría designan a tres miembros del órgano de apelación para que escuchen cada caso⁵². En vista que, la nominación de los miembros del OSD depende de la designación, en consenso, por los Estados Miembros de la OMC, si uno de los Estados Miembros no accede a una de las nominaciones de los integrantes o a la renovación de su nombramiento, se bloquea el normal funcionamiento del órgano de solución de diferencias. De hecho, eso ocurrió recientemente, cuando Estados Unidos no accedió a la renovación de uno de los integrantes del órgano de apelación, bloqueando el normal funcionamiento del OSD de la OMC⁵³. Como consecuencia, el proceso de decisión de los recursos de apelación en el OSD se han paralizado, llevando a varios miembros a activar el arbitraje internacional entre Estados. De manera que, si el bloqueo continúa, se podría desarrollar un sistema de solución de diferencias paralelo al de la OMC, teniendo en cuenta que, con base en los ACR, los Estados pueden acudir a procedimientos de arbitraje. Así mismo, en vista de la crisis en el OSD, en Latinoamérica, más de un tercio de los países apoyan la propuesta de la Unión Europea “para que se establezca un procedimiento arbitral de apelación provisional⁵⁴”.

Después de recibir las comunicaciones escritas y orales de las partes, una cámara del Órgano de Apelación puede confirmar, modificar o revertir las conclusiones del panel⁵⁵. Al igual que con los informes del panel, los Miembros de la OMC pueden expresar sus opiniones sobre el informe del Órgano de Apelación, pero no pueden bloquear su

⁵¹ *Ibidem*, artículos: 17.1, 17.4 y 17.6.

⁵² Artículo 17.1

⁵³ “En la reunión del Órgano de Solución de Diferencias celebrada el 22 de noviembre de 2019, un grupo de 117 Miembros de la OMC volvió a hacer un llamamiento para iniciar el proceso encaminado a cubrir los puestos vacantes en el Órgano de Apelación, dos años después de que los proponentes hicieran su primer llamamiento conjunto. Los Estados Unidos repitieron que no estaban en condiciones de acceder a la propuesta porque seguían sin abordarse sus preocupaciones sistémicas con respecto al Órgano de Apelación”. Ver: https://www.wto.org/spanish/news_s/news19_s/dsb_22nov19_s.htm.

⁵⁴ Ver: Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones sobre la aplicación de los acuerdos de libre comercio 1 de enero de 2019 - 31 de diciembre de 2019, emitido en Bruselas, el 12 de noviembre de 2020. No. SWD(2020) 263 final, p. 23. Disponible en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2020/ES/COM-2020-705-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>

⁵⁵ Artículos 17.9-17.13 del ESD.

adopción, a menos que todos acuerden la no adopción del informe⁵⁶. Para asegurar la eficacia de los informes del OSD, el ESD ha establecido la vigilancia en la aplicación de las recomendaciones o resoluciones⁵⁷. De hecho, la parte vencida en el informe cuenta con treinta días para presentar la manera en que se dará cumplimiento y en caso de que no sea factible, cuenta con un plazo prudencial para ello⁵⁸. Así mismo, podrá compensar a los Miembros afectados con el incumplimiento del informe. “Si dentro de los 20 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial no se ha convenido en una compensación satisfactoria, cualquier parte que haya recurrido al procedimiento de solución de diferencias podrá pedir la autorización del OSD para suspender la aplicación al Miembro afectado de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados⁵⁹”. Lo antes descrito se conoce como medida de retorsión, por parte del Miembro vencedor en el informe. Las medidas de retorsión son medidas sancionatorias de un Miembro a otro, en caso de menoscabo o infracción a sus obligaciones, para lo cual requiere de la autorización del OSD⁶⁰. Si se presentan diferencias entre los Miembros respecto del nivel de suspensión concedido, la cuestión se someterá a arbitraje (indistintamente si es una persona o tribunal), producto del cual el OSD podrá autorizar o no la o medida de retorsión⁶¹”.

El sistema de solución de diferencias del OSD se ha erigido como un mecanismo ampliamente utilizado en la actualidad, por los Miembros de la OMC y los informes han cobrado una especial importancia, dentro de las fuentes del derecho de la OMC. “*Other than the texts of the WTO Agreements themselves, no source of law is as important in WTO dispute settlement as the reported decisions of prior dispute settlement panels*”⁶². Cabe anotar que, una parte de la doctrina ha presentado las principales críticas que se siguen haciendo, tanto al funcionamiento de la OMC, como a su sistema de solución de diferencias. Por una parte, se critica el incumplimiento de la función primaria de ayuda al desarrollo mundial y eliminación de la pobreza⁶³. Por otra parte, las ONG’s y una parte de

⁵⁶ Artículo 17.14 del ESD

⁵⁷ Artículo 21 del ESD.

⁵⁸ De acuerdo con lo establecido en el párrafo 3 del artículo 21, ESD.

⁵⁹ párrafo 2 del artículo 22, ESD.

⁶⁰ De acuerdo con lo advertido por la OMC en su página web: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_settlement_cbt_s/c6s10p1_s.htm

⁶¹ Párrafos 7 al 9 del artículo 22 del ESD.

⁶² PALMETER David, MAVROIDIS Petros, « The WTO Legal System : Sources Of Law », *American Journal of International Law*, vol. 92, 1998, pp. 398-413, p. 400.

⁶³ BROUDE Tomer. "The Rule(s) of Trade and the Rhetos of Development: Reflections on the Functional and Aspirational Legitimacy of the WTO." *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 45, no. 1, 2006, p. 221-261.

la sociedad civil ha presentado quejas respecto de la transparencia en las actuaciones de la OMC⁶⁴. Finalmente, las críticas respecto de la legitimidad de la OMC ⁶⁵.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los informes del OSD, la OMC ha dejado claro que, “la cuestión prioritaria es resolver las diferencias, no dictar sentencia”⁶⁶. Sin embargo, los informes del OSD parecen tener una vocación más judicial que arbitral. Para Hélène Ruiz Fabri :

« Les éventuelles hésitations que l'on pourrait avoir quant à la possibilité de qualifier d'arbitrage la principale procédure de règlement utilisée à l'OMC ne résistent pas longtemps à l'analyse, étant entendu qu'il faut tenir compte du facteur de complexité que constitue l'existence d'un double de degré de juridiction. La présence d'éléments d'arbitralisation n'est incontestablement pas suffisante pour conclure globalement. Elle est néanmoins réelle, une perspective plus fine montrant qu'elle concerne essentiellement, voire exclusivement, la première instance tandis que la deuxième instance n'est pas affectée et présente un profil nettement judiciaire. Au-delà, et si l'on veut bien considérer comme le plus déterminant le critère de distinction entre arbitrage et règlement judiciaire proposé en introduction, celui de la fonction en quelque sorte systémique de « police juridique », le mécanisme se rapproche alors bien plus nettement du règlement judiciaire que de l'arbitrage ⁶⁷».

Bien sean decisiones arbitrales o judiciales, los informes del OSD cumplen con las características de una decisión jurisdiccional, toda vez que el organismo internacional que la profiere cuenta con las competencias delegadas por los Miembros⁶⁸. De acuerdo con lo antes visto, pretende poner fin a un conflicto de manera definitiva, pueden ser objeto de control en segunda instancia, y en caso de incumplimiento, existen mecanismos para asegurar la efectividad de las observaciones y resoluciones contenidas en el informe del OSD.

El arbitraje internacional en materia de inversiones con el Estado presenta otra evolución, régimen y características, tal como veremos a continuación.

⁶⁴ CHO Sungjoon, "A Quest for WTO's Legitimacy." *World Trade Review*, vol. 4, no. 3, 2005, p. 391-400. FUKUNAGA, Yuka. "Civil Society and the Legitimacy of the WTO Dispute Settlement System." *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 34, no. 1, 2008, p. 85-118.

⁶⁵GROSSMAN Nienke, "The Normative Legitimacy of International Courts." *Temple Law Review*, vol. 86, no. 1, Fall 2013, p. 61-106, p. 92.

⁶⁶ OMC, *Entender la OMC*, División de Información y Relaciones Exteriores de la OMC, Quinta edición, Suiza, 2015, p. 55. Disponible en: www.wto.org

⁶⁷ RUIZ FABRI Hélène, « Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage ? », *Archives philosophiques de droit*, vol. 52, 2009, pp. 157-179, p. 171.

⁶⁸ Desde el momento en que el Estado se convierte en Miembro de la OMC consiente el sometimiento de las diferencias al sistema del OSD, sin declaración adicional. Párrafo 1 del artículo 23 del ESD.

b. El arbitraje internacional de inversiones con el Estado

Las controversias entre el inversionista y el Estado pueden resolverse a través de métodos alternativos, tales como, la negociación directa, la mediación y la conciliación, también existe la resolución jurisdiccional, es decir los juicios por tribunales nacionales y el arbitraje internacional⁶⁹. Sin embargo, “en la legislación internacional contemporánea sobre inversiones, el arbitraje internacional se ha establecido como la principal opción de los inversores extranjeros para demandar a un Estado receptor a causa de una controversia sobre inversiones⁷⁰”. De hecho, se ha considerado al arbitraje internacional de inversiones con el Estado como la vía óptima para resolver las diferencias entre inversores y Estados, toda vez que es un procedimiento rápido, económico, flexible y además asegura “un laudo arbitral ejecutable contra la otra parte, por lo general un Estado soberano⁷¹”.

La solución de diferencias, relacionadas con las inversiones internacionales, comenzó con la protección diplomática de las inversiones, en los Estados de acogida. De hecho, se consideraba que el Estado anfitrión podría ser declarado responsable, por la afectación de los derechos del inversionista internacional, mediante la presentación de un reclamo en un foro acordado, esto es, alguna forma de arbitraje *ad hoc*⁷². Sin embargo, desde la década de 1980, la conclusión de miles de tratados de promoción y protección de inversiones, en su mayoría bilaterales, suplantó en gran medida la protección diplomática por la resolución de disputas⁷³. En efecto, las propuestas de creación de un instrumento multilateral que proporcionara protección a los inversores extranjeros se hicieron populares, después de la Segunda Guerra Mundial, entre los funcionarios gubernamentales, em-

⁶⁹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo -UNCTAD-. Controversias entre Inversores y Estados: prevención y alternativas al arbitraje conferencia de las naciones unidas sobre comercio y desarrollo. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre las políticas internacionales de inversión para el desarrollo, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2010, Disponible en: https://unctad.org/es/system/files/official-document/diacia200911_sp.pdf

⁷⁰ *Ibid.*, p. 11.

⁷¹ *Ibid.*, p. 13.

⁷² Según el informe de la CDI a la Asamblea general sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo periodo de sesiones: “La protección diplomática ejercida por un Estado en el plano interestatal sigue siendo una importante vía de recurso para la protección de las personas cuyos derechos humanos han sido violados en el extranjero”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2006, vol II, New York, Naciones Unidas. Documento UN No. A/61/10. Ver comentarios al artículo 1, párrafo 4, p. 29.

⁷³ En la mayoría de TBI se establece que un Tribunal de arbitraje será competente de la resolución de las disputas que surjan entre el Estado anfitrión y el inversionista internacional. Al respecto, ver entre otros: BENTOLILA Dolores, “Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2012, pp. 373-420, p. 382.

presas comerciales y académicos, sin embargo, ninguna de las propuestas llegó a adoptarse por los Estados⁷⁴. El mecanismo arbitral inversor-Estado contemplado en los TBI's otorgó legitimación a los inversores extranjeros para iniciar reclamos contra un Estado anfitrión, con la posibilidad de reclamar daños y perjuicios por incumplimiento de una o más de las disciplinas de un tratado de inversión. El modelo de arbitraje inversor-Estado que se desarrolló durante ese tiempo y que sigue vigente, generalmente no requiere que los inversores extranjeros agoten los recursos locales⁷⁵.

Descrito como 'arbitraje sin privilegios'⁷⁶, el consentimiento para este mecanismo de solución de controversias es ofrecido de manera universal por los Estados partes en el tratado, para su aceptación por parte de los inversionistas demandantes, una vez que ha surgido una controversia⁷⁷. La jurisdicción de un Tribunal arbitral de inversiones se establece una vez que un inversor extranjero ha iniciado su reclamación contra un Estado de acogida, por presuntas violaciones de los tratados de inversión⁷⁸. En caso de no estar conforme con la decisión del TAIIE, las partes pueden presentar un recurso de rectificación, interpretación e incluso anulación del laudo, en cuyo caso será un tribunal conformado por integrantes distintos al de primera instancia quien revisará y tomará una decisión, teniendo en cuenta la o la(s) causal(es) por las que se invocó el recurso.

A diferencia del sistema de solución de diferencias de la OMC, el consentimiento de las partes para someterse al arbitraje internacional de inversiones con el Estado está plasmado en diferentes actos jurídicos. En efecto, se puede encontrar en una ley nacio-

⁷⁴ En relación con la solución de disputas mediante un arbitraje internacional basado en reglas comunes, ver por ejemplo: Los proyectos de la Asociación de Derecho Internacional presentado en 1948; El Código Internacional de Trato Justo para la Inversión Extranjera del Instituto de la Cámara de Comercio Internacional presentado en 1949; El Proyecto de Convención Abs-Shawcross, de la Organización para la Cooperación Económica Europea sobre Inversiones en el Extranjero, presentado en 1959; el Proyecto de Convención sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados por Lesiones a Extranjeros (Proyecto Harvard de 1961) presentado ante la ONU en 1961.

⁷⁵ WHITSITT Elizabeth, "Application of Most-Favoured-Nation Clauses to Dispute Settlement Clauses: An Assessment of the Jurisprudence", *JENRL*, 2009, vol. 27, n. 4, pp. 527-557, p. 530.

⁷⁶ PAULSSON Jan, « Arbitration Without Privity ». *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 10, No. 2, 1995, pp. 232-257, p. 232. Disponible en : <https://doi.org/10.1093/icsidreview/10.2.232>

⁷⁷ MULLEN Stephanie, WHITSITT Elizabeth, "ICSID and Legislative Consent to Arbitrate: Questions of Applicable Law", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2017, vol. 32, No. 1, pp. 92-115, p. 100.

⁷⁸ PEREZ PACHECO Yaritza, "Objections to ICSID Arbitration", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, no. 1, 2012, pp. 316-333, p. 316.

nal⁷⁹ o bien, en las cláusulas de arbitraje contenidas en el tratado internacional de inversiones o bien en el contrato suscrito por las partes. Cada TAIIE revisará, en cada caso concreto, el consentimiento otorgado por las partes y por tanto, la competencia para conocer de la controversia⁸⁰.

Así mismo, el derecho aplicable en una controversia, en materia de inversiones puede variar de un laudo arbitral a otro. De hecho, el derecho aplicable a las controversias entre inversionistas extranjeros puede variar entre la *lex specialis*, el derecho nacional, y el derecho internacional. En principio son las partes quienes están llamadas a determinar el derecho aplicable, pero en caso de no hacerlo, serán los TAIIE quienes lo determinen⁸¹.

Además, los TAIIE toman sus decisiones en el seno de diferentes centros internacionales de arbitraje y por tanto, bajo las reglas específicas de procedimiento allí establecidas. Numerosos centros de arbitraje han venido a apoyar a los TAIIE, entre las que se destacan el Instituto de la Cámara de Comercio internacional de París, en adelante - ICCIP-; el Instituto de la Cámara de Comercio de Estocolmo, en adelante -ICCE-; la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya – CPA -; el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones – CIADI – y los tribunales *ad hoc*, regidos por las reglas UNCITRAL o bien por el tratado NAFTA.

En virtud del destacado volumen de diferencias que resuelve el CIADI⁸², nos referiremos a su reglamento específico con el fin de ejemplificar el procedimiento arbitral. En efecto, observamos que, el Convenio del CIADI impide el recurso simultáneo a la protección diplomática. Los arbitrajes del CIADI suelen ser decididos por un panel arbitral de tres personas, pero pueden decidirse por cualquier número impar de árbitros y no cuentan

⁷⁹ Como es el caso del Código de inversiones de Guinea, que establece la competencia en el CIADI. Ver decisión sobre competencia del CIADI, del 29 de diciembre de 2012, en el asunto *Getma Internacional E.A. c. Guinée*. No. ARB/11/29, párrafo 108.

⁸⁰ RODICA ZORILA Carmen, *L'évolution du droit international en matière d'investissements directs étrangers*. Tesis de derecho, sustentada en la Universidad “d'Auvergne - Clermont-Ferrand I”, 2007, 1 vol. 569 p., p. 392.

⁸¹ ENDARA FLORES Francisco, “Derecho aplicable al fondo de la controversia en arbitrajes surgidos de tratados de inversión”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 3, n° 1, 2011, pp. 101-117, p. 116.

⁸² Al 31 de diciembre de 2019, el CIADI ha registrado 745 casos sometidos a su conocimiento, en virtud del Convenio del CIADI y del Reglamento del Mecanismo Complementario. Cifras resumidas en el documento: carga de casos del CIADI — Estadísticas. Edición 2020-1, p. 7, disponible en : <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/sp/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282020-1%20Edition%29%20SPA.pdf>

con un órgano de apelación u otro tipo de segunda instancia⁸³. Cuando un panel arbitral de tres personas lleva a cabo un arbitraje, cada una de las partes contendientes designa a un árbitro, y el árbitro Presidente es elegido por diversas formas de consenso entre las partes contendientes⁸⁴. A diferencia de los laudos emitidos por otros Tribunales arbitrales, establecidos en virtud de tratados de promoción y protección de inversiones, los laudos arbitrales del CIADI no pueden ser sometidos a revisión judicial interna, sino que solo están abiertos a procedimientos de anulación previstos en la Convención⁸⁵. Los procedimientos de anulación del CIADI son escuchados por comités *ad hoc* de tres personas, seleccionado por la Secretaría del CIADI, que posee una autoridad limitada para revisar las decisiones de los tribunales arbitrales del CIADI. De lo contrario, sujeto a anulación, los laudos emitidos por los tribunales arbitrales del CIADI son inmediatamente vinculantes y exigibles en todos los Estados partes en el Convenio del CIADI⁸⁶.

El sistema de arbitraje internacional de inversiones con el Estado se ha desarrollado de manera frecuente, pero con pronunciamientos disímiles entre los diferentes TAIIE. De hecho, los tribunales de arbitraje están autorizados para revisar el comportamiento estatal frente a los derechos de los inversionistas, para lo cual, el derecho aplicable puede variar entre, el derecho nacional y el derecho internacional⁸⁷. Igualmente, se han proferido importantes condenas contra los Estados anfitriones, lo que va en contravía de la deferencia debida hacia el poder regulatorio de los Estados. Todo lo anterior ha causando malestar e inquietudes doctrinales respecto a la legitimidad de los árbitros internacionales para el control de las decisiones proferidas bajo el poder de regulación de los Estados⁸⁸.

⁸³ Convenio del CIADI, Reglamento y reglas. Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a Inversiones, Washington, CIADI/15. Abril 2006. Artículo 37, numeral 1.

⁸⁴ *Ibid.*, Artículo 37, numeral 2, literal a y b. Una regla similar se encuentra en otros reglamentos de funcionamiento, por ejemplo, ver: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 24 ILM 1302, 1985, modificado en el año 2006. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html.

⁸⁵ Convención CIADI, *loc.cit.*, article 52.

⁸⁶ *Ibid.*, artículo 52, numeral 1.

⁸⁷ FORTEAU Mathias, « Forum Shopping et fragmentation du droit applicable aux relations de droit international. Le regard de l'internationaliste publiciste », in FORTEAU Mathias (dir.). BERGE Jean-Sylvestre, NIBOYET, Marie-Laure, THOUVENIN Jean-Marc (coord.). *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales. Regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Collection Cahiers Internationaux, Paris, Ediciones Pedone, 2011, 208 p., p. 157.

⁸⁸ Son varios los autores que se han consagrado al estudio de esta cuestión. Ver, entre otros: DIAZ-CEDIEL, Santiago. "Arbitral Interpretation of Investment Treaties: Problems and Remedies for the Debate on Legitimacy." *Brazilian Journal of International Law*, vol. 16, no. 1, 2019, p. 74-89, p. 86. GARCÍA-BOLÍVAR, Omar "La crisis del derecho internacional de inversiones extranjeras: propuestas de reforma", *Rev. secr. Trib. Perm.*, vol. 3, N° 5, 2015, pp. 137-163, p. 160. PRODROMOU, Zena. "From Internationalism to Cosmopolitanism: Using Domestic Public Law Deference Mechanism to Legitimize the Full Review

De acuerdo con lo antes visto, el arbitraje internacional de inversiones tiene una evolución, régimen y características especiales que lo diferencian del sistema de solución de diferencias con la OMC. De manera que, en lugar de un estudio comparativo, resultaría mas interesante estudiar el tema, teniendo en cuenta la especialidad de cada sistema de solución de diferencias. Así mismo, de lo antes visto, se deduce que, los Estados han dado su consentimiento para que el OSD y los TAIIE se pronuncien de fondo sobre la solución de las diferencias, con otros sujetos de derecho internacional. Entonces, para efectos de la presente investigación, los consideraremos organismos jurisdiccionales y los pronunciamientos, a través de los cuales se resuelve de fondo la disputa, serán tenidos como decisiones jurisdiccionales⁸⁹.

Un estudio completo y actualizado del principio de proporcionalidad en la solución de diferencias del OSD y de los TAIIE, requerirá, entonces, de un marco temporal específico.

B. Límites *ratione temporis*

En virtud que el estudio se concentrará en la resolución de los litigios entre el Estado y los demás sujetos del DIE, sólo serán consideradas las decisiones proferidas durante los años 2014 a 2019⁹⁰. Esta delimitación se justifica en dos series de explicaciones. Por una parte, debido a la necesidad de un estudio preciso sobre el principio de proporcionalidad. A diferencia de lo que ocurre con las reglas convencionales, los pronunciamientos jurisdiccionales respecto de la proporcionalidad, pueden variar de una decisión a otra. De tal manera que, la delimitación del estudio a un marco temporal específico nos permitirá hacer demostraciones concretas sobre las diferentes cuestiones en torno al principio de proporcionalidad.

Por otra parte, debido a la necesidad de contar con un estudio actual sobre el tema. De hecho, los análisis sobre el principio de proporcionalidad en el DIE, generalmente se

of Sovereign Macroeconomic Policies in Investment Arbitration", in *Indian Journal of Arbitration Law*, vol. 7, no. 1, 2018, pp. 38-53.

⁸⁹ SANTULLI Carlo, *Droit du contentieux international*, LDGJ, Paris, 2015, 626 p., p. 48.

⁹⁰ Con el fin de mantener la actualidad del estudio, se han incluido también las decisiones proferidas hasta el mes de octubre del año 2020.

han concentrado en los periodos en los que se ha obtenido un reconocimiento expreso de este principio, sin tener en cuenta la práctica convencional y decisonal más reciente. Si bien podría hacerse un estudio con anterioridad al año 2014, el numero de decisiones proferidas durante los últimos cinco años⁹¹ dan cuenta de un contexto jurídico lo suficientemente amplio para cumplir con los objetivos de la presente investigación.

Teniendo en cuenta la delimitación del tema antes expuesta, la presente tesis se propone así estudiar el régimen jurídico actual del principio de proporcionalidad que determina, a la vez, su naturaleza jurídica, contenido, alcances y funciones en el DIE. En este punto, cabe preguntarse: ¿qué es el principio de proporcionalidad? Los innumerables debates en torno a la definición de este principio, hacen necesarias las siguientes precisiones conceptuales.

II. Definición del principio de proporcionalidad

En términos generales, la proporcionalidad es definida como la “conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí”⁹², de manera que refleja un elemento de correlación entre dos o más variables y la necesaria comparación y correspondencia entre ellas. En el derecho, la proporcionalidad alude a las nociones de ‘moderación’⁹³, ‘ponderación de intereses’⁹⁴, así como a la ‘equidad y razonabilidad’⁹⁵.

⁹¹ Entre 2014 y octubre de 2020 se han proferido más de ciento cincuenta y tres decisiones proferidas en el sistema de solución de diferencias de la OMC. Es decir, los informes proferidos por el grupo especial y el órgano de apelación que conocieron del fondo del asunto de *prima facie*, así como los proferidos en respuesta al recurso contenido en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Igualmente, hemos incluido los laudos arbitrales proferidos en desarrollo de los párrafos 3 c) del artículo 21 y 6 del artículo 22 del ESD, así como los informes de adición y corrección que tienen incidencia en el asunto de fondo. En materia de arbitraje internacional de inversiones con el Estado, entre 2014 y octubre de 2020 se han proferido más de doscientos cuarenta laudos arbitrales, incluidas las decisiones de interpretación, rectificación y anulación, proferidos por los diferentes TAIIE. Cabe aclarar que, hasta diciembre de 2020, los procedimientos arbitrales están pendiente de resolución definitiva, de manera que, los laudos arbitrales aquí analizados van hasta el año 2019, con base en los datos, disponibles en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>, así como en las bases de datos: www.italaw.com y <https://jusmundi.com/en/>

⁹² Diccionario de la Real Academia Española, disponible en: <https://dle.rae.es/proporcionalidad>.

⁹³ CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 8ª edición, 2000, 1101 p., p. 685

⁹⁴ ALLAND Denis & RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2013, 1649 p., p. 1251.

⁹⁵ SALMON Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 1198 p., p. 894.

Desde su aparición en los escritos de Aristóteles⁹⁶, la proporcionalidad es una noción presente en el corazón de la filosofía y doctrina jurídicas occidentales. Su proximidad con la concepción *iusnaturalista* del derecho no han impedido su reconocimiento, en los sistemas jurídicos positivistas de todo el mundo⁹⁷.

A partir de la visión contractualista del derecho que aportó la Ilustración en Europa, la libertad del hombre adquirió tal importancia que la intervención del Estado se consideró limitada a los casos en los que fuera necesario para satisfacer las exigencias derivadas de los derechos e intereses esenciales de la comunidad. “Esta concepción del poder político fue el sustrato propicio para que se comenzara a exigir que las intervenciones estatales en la libertad individual fuesen proporcionadas. Entre las primeras manifestaciones de esta exigencia cabe destacar el alegato de Beccaria en favor de la proporcionalidad de las penas, cuya principal doctrina fue recogida por el artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano⁹⁸”.

El principio de proporcionalidad ingresó en el derecho de policía prusiano desde el siglo XIX⁹⁹, en donde adquirió una extendida aceptación, de manera que, se consideraba que “el ejercicio del poder delegado de la Monarquía en la Administración sólo era legítimo, cuando se encaminaba hacia la persecución de fines relevantes para la comunidad. Como consecuencia, se admitió que en el control de todo acto estatal se debía verificar su idoneidad o, dicho de otra manera, su racionalidad teleológica¹⁰⁰”. Desde entonces la noción de proporcionalidad está estrechamente ligada al concepto de Estado de derecho: «*la proportionnalité compte incontestablement parmi les principes directeurs d'un ordre ju-*

⁹⁶ Para Aristóteles : “lo justo es lo proporcional, mientras que lo injusto es lo contrario a proporción”, *Ética de Nicómaco*, Clásicos de Grecia y Roma, editorial Alianza, Madrid, 315 p., p. 159. Texto disponible en: <http://mastor.cl/blog/wp-content/uploads/2017/12/Etica-a-Nicomaco-Aristoteles-PDF.pdf>

⁹⁷ ALLAND Denis, RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op.cit., nota 85, p. 1252.

⁹⁸ BERNAL PULIDO Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Centro de estudios políticos y constitucionales, 3a edición, Madrid, 2007, 1065 p., p. 46.

⁹⁹ Con la famosa decisión *Kreuzberg*. Decisión del 14 de junio de 1882, Colección *Preussisches Oberverwaltungsgericht*, 9, p. 353 y ss. Ver: GALETTA Urania, « Le principe de proportionnalité » in AUBY Jean-Bernard et al., *Traité de droit administratif européen*, 2a édition, collection Droit Administratif, Bruylant, 2014, pp. 501-525, p. 502, nota de pie n° 3.

¹⁰⁰ BERNAL PULIDO Carlos, loc.cit., p. 48.

*ridique et social juste et donc, parmi les fondements de l'‘idée de droit’ et de l'État droit moderne »*¹⁰¹.

Actualmente, el principio de proporcionalidad se presenta como un « *caméléon juridique* »¹⁰². En efecto, de manera generalizada se identifica la existencia de un ‘principio’, ‘control’, ‘técnica’ o ‘estándar’ jurídico de proporcionalidad. Sin embargo, la proporcionalidad hace parte de las nociones jurídicas, “*insaisissables, fuyantes, rebelles à la systématisation, qui plongent le juriste dans un abîme de perplexité*”¹⁰³. Para algunos, el principio se asimila a una “puesta en balanza”¹⁰⁴, una “ponderación”¹⁰⁵ o una “conciliación entre derechos e intereses en conflicto”¹⁰⁶. Para otros, el principio de proporcionalidad se asimila al principio de ‘eficiencia económica’ puesto que permite el análisis de los costos-beneficios de las decisiones en relación con la reglamentación nacional¹⁰⁷. De hecho, «*il n'existe pas de ‘principe de proportionnalité’ mais, tout au plus, des versions de ce principe, tel que reçu dans un contexte culturel spécifique*”¹⁰⁸». Lo anterior se evidencia tanto en el derecho público interno (A) como en el derecho internacional (B).

A. En el derecho público interno

La idea de proporcionalidad se fue expandiendo e implementando hasta permear los diferentes ordenamientos jurídicos en el mundo. Es así como, « *tout juriste aura l'occasion de le croiser au moins une fois dans sa vie, tant il est vrai que le principe de propor-*

¹⁰¹ MÜLLER Markus, *Proportionnalité. Le Rubik's Cube du droit*, Stämpfli Editions, Berna, 2016, 125 p., p. 11.

¹⁰² MUZNY Petr, op.cit., p. 140.

¹⁰³ SIMON Denys, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, pp. 17-40, p. 17.

¹⁰⁴ Según el internacionalista Thomas Franck la puesta en balanza de intereses es el corazón mismo del control de proporcionalidad. FRANCK, Thomas, « On Proportionality of Countermeasures in International Law », *American Journal of International Law*, vol. 102, No. 4, pp. 715-767, p. 716. Así mismo, Dunan Kennedy utiliza el término ‘proportionality’ como sinónimo de ‘balancing’, ver: KENNEDY Dunan, « A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law », in BROWNSWORD Roger, MICKLITZ Hans W, NIGLIA Leone et WEATHERILL Stephen. (éds.), *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, Oxford, 2011, pp. 185-220, p. 190.

¹⁰⁵ Sobre todo una ponderación de intereses, principios o valores. Ver: PAVLAKOS George (éd.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, Oxford et Portland, Oregon, 2007, 390 p., p. 20.

¹⁰⁶ Para David Beatty, la proportionnalité está destinada a: « reconciling the competing interests and values ». BEATTY David M, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, 2004, 193 p., p. 163.

¹⁰⁷ Ver, entre otros, PORTUESE Aurélien, *Le Principe d'Efficiencia Économique dans la Jurisprudence Européenne*, Tesis doctoral sustentada en la Université Panthéon-Assas la Sorbonne, 2012, 775 p., p. 30.

¹⁰⁸ MARZAL YETANO, Antonio. op.cit., nota n° 30, p. 13.

*tionnalité vient largement transcender les ordres juridiques et les champs disciplinaires*¹⁰⁹».

En Alemania, la jurisprudencia ha desarrollado el contenido del principio de proporcionalidad, a través del análisis de tres sub principios. En primer lugar, el sub principio de idoneidad o adecuación, con el que el juez estudia qué tan apropiada fue la decisión tomada por el Estado en relación con el fin perseguido. En segundo lugar, el sub principio de necesidad, que consiste en determinar si sería posible alcanzar el mismo resultado con otra medida distinta a la escogida, una que resultara menos lesiva de los derechos que terminan siendo limitados. Finalmente, se analiza la proporcionalidad estricta o *stricto sensu*, es decir, se revisa la ponderación llevada a cabo por la autoridad pública para hacer prevalecer un derecho o interés sobre otro, en el caso bajo estudio. Esto no significa que existe una única solución para el caso concreto, sino que en este punto el juez revisa si la medida cuenta con una justificación completa, racional y/o razonada de la solución escogida, teniendo en cuenta el peso de los derechos o intereses que están en conflicto. Esta ha sido la aplicación tradicional del principio de proporcionalidad en Alemania¹¹⁰. Sin embargo, gracias a la influencia de la jurisprudencia europea, en el actual desarrollo jurisprudencial en Alemania, se tiene en cuenta el estudio de otra etapa, anterior al test tradicional, que consiste en revisar si la medida legislativa o administrativa, bajo estudio, persigue un objetivo público legítimo. En el caso de la ley, se verifica con base en las disposiciones constitucionales, y en cuanto a las medidas administrativas, con base en la ley que le sirve de fundamento. Esta etapa resulta mucho más importante, en los casos en los que la ley o la medida administrativa guardan silencio sobre el origen constitucional o legal del objetivo que intentan alcanzar¹¹¹.

En el derecho administrativo español, encontramos el doble significado del principio de proporcionalidad. Por una parte, se considera al principio de proporcionalidad como un mandato que se impone como norma jurídica para el buen hacer tanto de la admi-

109 SZYMCZAK David, « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen », in POTVIN-SOLIS Laurence, *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2012, 577 p., p. 446

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 30 ; SCHWARZE Jürgen, *op.cit.*, nota 28, p. 730 y ss.

¹¹¹ MARSCH Nikolaus & TÜNSMEYER Vanessa, “The principle of proportionality in German administrative law”, in RANCHORDÁS Sofia, DE WAARD Boudewijn (éd.), *The Judge and the Proportionate Use of Discretion. A comparative study*. Routledge research in EU law, New York, 2016, 224 p., p. 32.

nistración pública como del juez administrativo¹¹². Por otra parte, el principio de proporcionalidad se entiende como un estándar de control, con el que el juez administrativo limita el ejercicio del poder discrecional, a favor de la protección de la legalidad y los derechos fundamentales¹¹³. El control de proporcionalidad, llevado a cabo por el Tribunal Constitucional Español, sigue el ejemplo del caso alemán¹¹⁴. Sin embargo, la jurisprudencia ha dejado claro que “el principio de proporcionalidad no es un principio autónomo”¹¹⁵, sino que su aplicación se hace, en medio del análisis del precepto constitucional que se entiende vulnerado por la intervención desproporcionada.

En el derecho administrativo francés, el significado del principio de proporcionalidad debía deducirse, puesto que las decisiones del Consejo de Estado, hacían uso de la “*mise en balance*” de forma implícita¹¹⁶ y algunas decisiones se han considerado pioneras en el uso del control de proporcionalidad¹¹⁷. De forma reciente, el Consejo de Estado ha presentado un contenido del principio de proporcionalidad similar al desarrollado en el derecho administrativo alemán. Por ejemplo, la decisión del 26 octubre de 2011, *Association pour la promotion de l'image*¹¹⁸, el Consejo de Estado francés hizo uso del test de proporcionalidad de forma explícita, considerando que la medida bajo estudio, no era

¹¹² El artículo 129 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de 2015, los numerales 1 y 3 contemplan a la proporcionalidad como un principio de buena regulación administrativa. Así mismo, el artículo 100 exige que los medios de ejecución forzosa respeten la proporcionalidad, y el artículo 56.1 establece el respeto del principio de proporcionalidad en la ejecución de medidas provisionales, por parte del juez administrativo. Disponible en : <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565&p=20151002&tn=1>

¹¹³ Ver entre otros: SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel, El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo. Un análisis jurídico desde el Derecho español, Bogota, Universidad Externado de Colombia, « Serie de Derecho Administrativo », 2007, 488 p., p. 33; LOPEZ GONZALEZ Juan Ignacio, « El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo » *Cuadernos de derecho público*, nº. 5, 1998, pp. 143-158, p. 144.

¹¹⁴ BERNAL PULIDO Carlos, *op.cit.*, nota nº 89, p. 51-59.

¹¹⁵ ROCA TRÍAS Encarnación & AHUMADA RUIZ M^a Angeles, “los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española”, *Conferencia en la reunión de Tribunales constitucionales de Italia, Portugal y España, celebrada en Roma*, 24 al 27 de octubre de 2013, disponible en <https://www.tribunalconstitucional.es/va/trilateral/Paginas/default.aspx>, p. 35.

¹¹⁶ XYNOPOULOS Georges, Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, en Allemagne et en Angleterre, Thèse de doctorat en droit public, Université Paris II, 1993, 1 vol., 530 p., p. 78.

¹¹⁷ Por ejemplo, la Sentencia del *Conseil d'État*, en el asunto: *Benjamin*. Decisión del 19 de mayo de 1993, Rec. 541, No. 1934.3.1. Ver: LONG Marceau *et al.*, *Las grandes sentencias de la jurisprudencia administrativa*, Paris, Dalloz, 20^a edición, 2015, Traducción del INAP-BOE. Primera edición en español: junio de 2017, disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2018-86_1.

¹¹⁸ Consejo de Estado, Asamblea, decisión del 26 de octubre de 2011, nº 317827, recueil Lebon. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000024736671>

adecuada, necesaria ni proporcionada¹¹⁹, lo que fue replicado en otras decisiones¹²⁰. Sin embargo, no siempre se hace uso de la terminología propia del test de proporcionalidad de origen alemán, como en el caso de la decisión *La Poste*¹²¹, donde el juez se limita a advertir que la medida de sanción bajo estudio no está fuera de proporción, en relación con la falta cometida, sin que se den más detalles al respecto. Si bien podría pensarse que, el control de proporcionalidad se ha reafirmado en la jurisprudencia administrativa en tanto que estándar de control “*au coeur de la démarche logique du juge de l’excès de pouvoir*”¹²², la variedad de enfoques jurisprudenciales que pueden deducirse muestra que, “*Proportionality control is a complex topic. The Council of State is not very clear in its formulation and use*”¹²³. En cuanto al derecho constitucional, la decisión de 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté*, introdujo el estudio detallado del test de proporcionalidad, es decir, el control de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, de la ley bajo estudio¹²⁴. Sin embargo, en algunas ocasiones el Consejo Constitucional es más prudente, haciendo referencia a la terminología del test, sin detallar el análisis de proporcionalidad realizado¹²⁵. De manera que, en el derecho público francés, el principio de proporcionalidad tiene un significado variable, pero su aplicación es constante y actual.

¹¹⁹ *Ibid.*, p.5.

¹²⁰ Por ejemplo, en la decisión del Consejo de Estado, *Dieudonné*, n° 374508, del 9 de enero de 2014, recueil lebon, párrafo 4. Disponible en: <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/Ordonnance-du-9-janvier-2014-Ministre-de-l-interieur-c-Societe-Les-Productions-de-la-Plume-et-M.-Dieudonne-M-Bala-M-Bala>. Igualmente, en la decisión *Commune de Cournon d’Auvergues*, n° 387726, del 6 de febrero de 2015, recueil lebon, párrafo 4.

¹²¹ Consejo de Estado, decisión del 27 de febrero de 2015, n° 376598, recueil Lebon, párrafo 3.

¹²² Ver Conferencia del Vice-presidente del Consejo de Estado Francés, Sr. Jean-Marc SAUVE titulada « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », del 17 de marzo de 2017 en el Instituto Portalis en Aix Aix-en-Provence. Disponible en: <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-principe-de-proportionnalite-protecteur-des-libertes>. Ver también: COSTA Jean Paul, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d’Etat », *AJDA*, 1988, vol. 7, n°8, pp. 434-486, p. 434.

¹²³ SANCHEZ Yoan, “Origins and presentation of the proportionality principle in French Case law », in VOGUENAUER Stefan, WEATHERILL Stephen, *General Principles of Law. European and Comparative Perspectives*, Oxford and Portland Oregon, 2017, pp. 195-220, p. 220.

¹²⁴ Conseil Constitutionnel, N° 2008-562 DC, del 21 de febrero de 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d’irresponsabilité pour cause de trouble mental*, p. 13-23. Disponible en : https://www.conseilconstitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2008562dc/2008562dc.pdf

¹²⁵ Por ejemplo, en la decisión del *Conseil Constitutionnel* n° 2012-647 DC, del 28 de febrero de 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l’existence des génocides reconnus par la loi*, , párrafo 6, pág : 4. Disponible en : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012647DC.htm>. También en la decisión n° 2013-302 QPC, del 12 de abril de 2013, párrafo 4. disponible en: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2013302qpc/2013302qpc.pdf. En ambos casos, el Consejo Constitucional hace referencia a que las medidas deben cumplir con los tres elementos del test de proporcionalidad sin profundizar en el análisis de cada elemento frente al caso concreto.

Ahora bien, en el sistema *common law*, si bien la doctrina ha criticado la aplicación de un principio general de proporcionalidad¹²⁶, su desarrollo y reconocimiento se ha expandido por todos los países que hacen parte de ese sistema jurídico. En cuanto al significado que ha adquirido el principio de proporcionalidad, encontramos similitudes con el “*reasonableness test*” en el Reino Unido y con el “*balancing test*” en América del Norte. De hecho, en las ocasiones en las que se ha aplicado el test de proporcionalidad en el Reino Unido, las jurisdicciones supremas buscan determinar si el objetivo legislativo es suficientemente importante para justificar la limitación a un derecho fundamental; luego si la medida es racional, en relación con el fin legislativo pretendido y finalmente si las vulneraciones a los derechos o libertades son más que necesarias para alcanzar el fin pretendido¹²⁷.

En los Estados Unidos de América, encontramos similitudes entre el test de proporcionalidad y el “*balancing test*”. En efecto, con ambas técnicas, el juez puede hacer un control judicial de primer nivel, llegando incluso a un tercer nivel. El primer nivel consiste en verificar si la ley o medida del gobierno está atada de forma razonable a un objetivo público legítimo o *rational basis test*. En el segundo nivel, el juez estudia si la medida está relacionada de forma suficiente a un interés legítimo, o *intermediate review*. El tercer nivel se refiere a la ausencia de criterios sospechosos y exige una justificación precisa para toda vulneración potencialmente peligrosa ó *strict scrutiny*¹²⁸.

De acuerdo con lo antes visto, el principio de proporcionalidad ha adquirido diferentes significados, en cada contexto jurídico en el que ha sido aplicado. Esto último también se evidencia en el derecho internacional público.

¹²⁶ HICKMAN Tom, “Problems of Proportionality”, Op.cit. p. 304

¹²⁷ DAVIES A.C.L. & WILLIAMS J.R., “Proportionality in English law”, in *The Judge and the Proportionate Use of Discretion. A comparative study*, op.cit., p. 78.

¹²⁸ PHILLIPE Xavier, op.cit. nota n°101, p. 31. Ver también: SULLIVAN Thomas & FRASE Richard, *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*, Oxford: Oxford University Press, 2008, 297 p., p. 55.

B. En el derecho internacional público

Debido a la multiplicidad de Cortes y Tribunales a nivel internacional, la aplicación del principio de proporcionalidad ha llevado a diferentes versiones del mismo, «*en des-sous de la proportionnalité, il y a des proportions diverses*»¹²⁹. En efecto, los trabajos preliminares de la CDI, sobre el principio de proporcionalidad, muestran su doble carácter. Por una parte, “el contenido, el objeto y el fin de una obligación no podían por menos de influir en las consecuencias jurídicas derivadas de su violación («proporcionalidad cualitativa»)). Por otra parte, se indicaba que, dentro de cada esfera de relaciones entre los Estados, las circunstancias de cada caso particular en que se hubiera cometido un hecho internacionalmente ilícito debían tenerse en cuenta para calcular la respuesta que hubiera de corresponder a ese hecho («proporcionalidad cuantitativa»)¹³⁰”. Así mismo, el CDI ha considerado dos tipos de proporcionalidad, tanto el contenido positivo o medida proporcional, como el contenido negativo o medida desproporcionada, tendiendo a favorecer un contenido negativo de la proporcionalidad¹³¹. Sin embargo, el proyecto de artículo inicial sobre la proporcionalidad en las contramedidas se modificó, reforzando la adecuación positiva entre un acto ilícito y la reacción a este acto y no simplemente la existencia de desproporción manifiesta¹³². La versión actual, amplía el campo de acción de la proporcionalidad puesto que no solo tiene en cuenta la gravedad del acto o hecho internacionalmente ilícito, en relación con el daño causado, sino también los derechos en cuestión, esto es, los derechos del Estado lesionado, del Estado responsable y de los Estados susceptibles de afectación¹³³.

¹²⁹ KOLB Robert, « La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et de sanctions-essai de clarification conceptuelle », in SICILIANOS Linos-Alexandre, FORLATI-PICCHIO Laura, (éds), *Les sanctions économiques en droit international*, Leiden, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, pp. 379-443, p. 390.

¹³⁰ CDI-Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 34º período de sesiones (3 de mayo-23 de julio de 1982), Distribuido originalmente como Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N.º 10, No. A/37/10, p. 85, párrafos 81 y 82

¹³¹ De hecho, el proyecto de artículo 13 establecía: “Ninguna contramedida adoptada por el Estado lesionado deberá ser desproporcionada al grado de gravedad del hecho internacionalmente ilícito ni a los efectos de éste sobre el Estado lesionado”. Informe de la CDI, 47º período de sesiones. Documento No. A/50/10, p. 66. Ver también: Séptimo reporte del Relator especial, Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, contenido en el Anuario de la CDI, 1995, vol II, primera parte, documento, A/CN.4/469 y add.1 y 2, párrafos 46 a 69.

¹³² Tercer reporte del Relator especial, Sr. James Crawford, contenido en el Anuario de la CDI, 2000, vol. II, primera parte. Documento A/CN.4/507. Add. 1 a 4. El proyecto de artículo 49 establecía : “*Countermeasures must be commensurate with the injury suffered, taking into account the gravity of the internationally wrongful act and its harmful effects on the injured party*”, p. 46.

¹³³ Resolución aprobada por la Asamblea General del 28 de enero de 2002, sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1) en su 56º sesión de trabajo. Documento A/RES/56/83. Según el

En cuanto a la legítima defensa, para el Relator especial, Roberto Ago: « *l'exigence de la proportionnalité de l'action commise en légitime défense (...) au rapport entre cette action et le but qu'elle se propose à atteindre, à savoir (...) d'arrêter ou repousser l'agression* »¹³⁴. En este ámbito jurídico, el principio de necesidad no hace parte del contenido de la proporcionalidad, sino que es un principio independiente. Así lo ha reconocido el Tribunal Internacional de Justicia, en adelante -TIJ-, en las decisiones *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*; *Plates-formes pétrolières* y *Activités armées sur le territoire du Congo*¹³⁵. En efecto, con el estudio del principio de necesidad en el caso concreto, se verifica la no existencia de otro mecanismo para repeler la acción ilícita del Estado agresor¹³⁶, mientras que con la proporcionalidad, se estudia la relación conmensurada entre la respuesta a la acción ilícita y el objetivo perseguido¹³⁷. En virtud de la importancia que tiene el fin perseguido, en materia de legítima defensa, el contenido de la proporcionalidad «*est empreinte d'une finalité*»¹³⁸.

En relación con el derecho de las contramedidas internacionales, el análisis del principio de proporcionalidad implica tener en cuenta dos aspectos interconectados:

“*[p]roportionality requires not only employing the means appropriate to the aim chosen, but implies, above all, an assessment of the appropriateness of the aim itself. The latter aspect relates to the aim pursued by a state in response to wrongful conduct by another state. The aim itself needs to be appropriate and reasonable in the context of the*

artículo 51 actualmente vigente: “Las contramedidas deben ser proporcionales al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y los derechos en cuestión”, p. 12.

¹³⁴ Octavo reporte del Relator especial, Sr. Roberto Ago, contenido en el Anuario de la CDI, 1980, vol II, primera parte, documento A/CN.4/318/Add.5 a 7, p. 72, párrafo 121.

¹³⁵ Ver las decisiones del TIJ: *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* del 27 de junio de 1986, Recueil 1986, p. 14, párrafo 176; *Plates-formes pétrolières (République Islamique d'Iran c. Etats Unis d'Amérique)*, decisión del 6 de noviembre de 2003, párrafo 40, p. 45 y párrafo 199, p. 78. Finalmente, en la decisión del *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), 19 de diciembre de 2005, Recueil 2005, p. 223, párrafo 147. Ver también: Opinión consultiva respecto de la legalidad del uso por los estados de armas nucleares en conflictos armados del 8 de julio de 1996, p. 245, párrafos 40 y 41.

¹³⁶ AKANDE Dapo & LIEFLANDER Thomas, “Clarifying Necessity, Imminence, and Proportionality in the Law of Self-Defense”, in *American Journal of International law*, vol. 107, 2013, pp. 563-570, p. 564.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 566.

¹³⁸ KOLB Robert, «La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et de sanctions-essai de clarification conceptuelle», in SICILIANOS Linos-Alexandre, FORLATI-PICCHIO Laura, (éds), *Les sanctions économiques en droit international*, Leiden, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, pp. 379-443. P: 391.

*situation and the breached rule. Once the appropriateness of the aim pursued has been established, countermeasures are required to be proportionate to the original breach*¹³⁹”.

En materia de derecho internacional humanitario, la proporcionalidad no cuenta con un significado fácilmente deducible, puesto que la jurisprudencia y doctrina aún debaten la naturaleza misma del principio de proporcionalidad, sin embargo, es posible considerar que la proporcionalidad se refiere al estudio de la relación no desproporcionada entre los derechos de los civiles en el conflicto y las ventajas militares de la medida seleccionada¹⁴⁰. En cambio, en el derecho de la función pública internacional, de forma casi generalizada, los Tribunales verifican que la medida sancionatoria no sea manifiestamente desproporcionada en relación con la falta cometida y el conjunto de la carrera del funcionario es decir que el juicio de proporcionalidad está limitado a su versión negativa¹⁴¹.

En el derecho internacional marítimo, durante los años 80's y principios de los 90's, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del TIJ se consideraba al principio de proporcionalidad como parte de los principios equitativos para la delimitación marítima¹⁴², bajo el entendido de “*une formule mathématique susceptible de jouer comme un rapport de quantités entre elles*”¹⁴³. Actualmente, la jurisprudencia del TIJ considera también la dimensión cualitativa del principio de proporcionalidad, es decir, revisar la ausencia de toda “desproporción” significativa en el resultado de la delimitación marítima, susceptible de llevar a un resultado inequitativo¹⁴⁴.

Así las cosas, el principio de proporcionalidad es un principio versátil que recubre realidades y contextos jurídicos distintos, tanto en el derecho público interno como en el derecho internacional. Así mismo, el desarrollo del principio en un área jurídica puede,

¹³⁹ ANDENAS Mad & ZLEPTNIG Stefan, « Proportionality and Balancing in the WTO: A Comparative Perspective », in *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 20, n°1, 2007, pp. 371-493, p. 396.

¹⁴⁰ NOLTE Georg “Thick or Thin Proportionality in International Humanitarian Law”, in *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4, n° 2. 2010, pp. 243-255, p. 251.

¹⁴¹ PLANTEY Alain & LORiot François, *Fonction publique internationale – Organisations mondiales et européennes*, Paris, Editions C.N.R.S., 2005, 497 p., p. 236-250.

¹⁴² Encontramos abundante jurisprudencia internacional en la que se aplica la noción de proporcionalidad, como parte de la delimitación marítima, a partir de la decisión de la CIJ, del 20 de febrero de 1969, asunto *Plateau continental de la mer du Nord*, TIJ, informes de 1969, pp. 52-53, párrafo 101 (D) (3).

¹⁴³ BARDONNET, D. « Quelques observations sur le principe de proportionnalité en droit international », *op.cit.* nota 144, p. 997.

¹⁴⁴ Ver las decisiones del TIJ: *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, decisión del 14 de Noviembre de 2009, Recueil 2009, p. 72, párrafos: 214 a 216; *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, decisión del 19 de noviembre de 2012, Recueil 2012, párrafos: 239 a 247. *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, decisión del 27 de enero de 2014, Recueil 2014, párrafo 194.

algunas veces, influenciar otras áreas en las que se aplique. De manera que, resulta interesante estudiar la concepción y significado del principio de proporcionalidad en el derecho internacional económico, de acuerdo con las siguientes justificaciones.

III. Interés del estudio

Los cuestionamientos en torno a los principios jurídicos son actualmente atractivos para el derecho internacional. De hecho, en reciente informe del CDI se reflejan los amplios debates, altamente teóricos, respecto de la identificación, orígenes, naturaleza jurídica y funciones de los principios generales de derecho, bien sea provenientes de la costumbre internacional o bien los establecidos en el artículo 38, párrafo 1, literal c), del estatuto del TIJ¹⁴⁵. Del mismo modo, el constante dinamismo en las relaciones económicas internacionales sigue llamando la atención de la doctrina, en lo que respecta a las fuentes jurídicas que las regulan. En efecto, en el derecho de la OMC y de las inversiones internacionales con el Estado, se hace uso, con cada vez más frecuencia de la *lex generalis*, tanto a nivel convencional como en materia de solución de diferencias¹⁴⁶. En este último caso, a pesar de los límites impuestos por el razonamiento lógico-deductivo, tanto el OSD como los TAIE se enfrentan con vacíos y/o incongruencias en las reglas convencionales. Con el fin de evitar un '*non liquet*'¹⁴⁷, hacen uso, de normas provenientes de otros ámbitos del derecho, tales como, los principios jurídicos provientes de la costumbre internacional y/o los principios generales de derecho, reconocidos por el artículo 38, párrafo 1, literal c) del estatuto del TIJ.

¹⁴⁵ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, en el 71er período de sesiones (29 de abril a 7 de junio y 8 de julio a de agosto de 2019). Asamblea General Septuagésimo cuarto período de sesiones. Suplemento núm. 10. No. A/74/10.

¹⁴⁶ En lo que podría considerarse como la «spécialisation de la *lex generalis*» o bien la «généralisation de la *lex specialis*». Ver: UBÉDA-SAILLARD, Muriel (dir.). *La mise en œuvre de la *lex specialis* dans le droit international contemporain*. Journée d'études de Lille, Société Française pour le Droit International, Editions Pédone, 2017, 204 p, p.

¹⁴⁷ Así lo establece la Convención del CIADI en los numerales 1 y 2 del artículo 42: "(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". Así mismo, el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de diferencias de la OMC -ESD-, establece en el artículo 3, numeral 2: "El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público (...)". Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/28-dsu_s.htm#3.

Así mismo, a nivel doctrinal, los contados estudios sobre el principio de proporcionalidad en el DIE presentan, en la mayoría de las ocasiones, un análisis separado, es decir, o bien el estudio del principio de proporcionalidad en el derecho de la OMC o bien, en el derecho de las inversiones internacionales con el Estado. Así mismo, los autores presentan dos posiciones distintas sobre el tema. Para algunos, el principio de proporcionalidad no se ha consolidado como un principio general, aplicable en el DIE. De hecho, en virtud del casi nulo reconocimiento convencional del principio y de las pocas decisiones jurisdiccionales que reconocen de forma textual al ‘principio de proporcionalidad’, no es posible considerar la solidez de ese principio en esta área del derecho internacional. Además, al comparar el principio de proporcionalidad, desarrollado en el derecho público interno y en la jurisprudencia de las Altas Cortes Europeas, con la aplicación en el derecho de la OMC y de las inversiones internacionales con el Estado, se hacen evidentes los problemas relacionados con su existencia, contenido y alcances¹⁴⁸.

Para otros autores, el principio de proporcionalidad es un principio general existente en el derecho de la OMC y de las inversiones internacionales, y en virtud de la generalidad en su reconocimiento, así como, las funciones que cumple en el derecho público, interno e internacional, deberían contar con un mayor desarrollo en el DIE¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Los diferentes autores serán tratados a lo largo de la tesis. Entre los más citados, en el derecho de la OMC, ver: DESMEDT Alex, « Proportionality in WTO Law », *Journal of International Economic Law*, vol. 4, n°3, 2001, pp. 441-480, p. 443 y MEINHARD Hilf, « Power, Rules and Principles – Which orientation of WTO/GATT Law? », in *Journal of international economics law*, vol.4, n°1, 2001, pp. 111-130, p. 130; MARCEAU, Gabrielle. “Le règlement des différends à l’OMC et les droits de l’homme”, *EJIL*, Vol. 13. N° 4, 2002, pp. 1-65, p. 43.p. 38 ; ORTINO F. *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, Oxford, Hart Publishing « Studies in International Trade Law », 2004, 524 p. En materia de inversiones internacionales con el Estado, ver: CALAMITA N. Jansen, « The principle of proportionality and the problem of indeterminacy in international investment treaties », in BJORKLUND Andrea, *Yearbook on international investment law & policy, 2013-2014*, Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 157-200, p. 175 ; VADI, Valentina. "Critical Comparisons: The Role of Comparative Law in Investment Treaty Arbitration », in *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 39, no. 1, 2010, p. 67-100; RANJAN, Prabhash. « Using The Public Law Concept Of Proportionality To Balance Investment Protection With Regulation In International Investment Law : A Critical Appraisal » in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2014, vol. 3, n°3, pp. 853-883, p. 865.

¹⁴⁹ Al igual que con la nota de página anterior, se mencionarán algunos autores, citados con frecuencia. En el derecho de la OMC Ver, entre otros : BARTENSTEIN Kristin, «L'article XX du GATT: le principe de proportionnalité et la concordance concrète entre le commerce et l'environnement », *Les Cahiers de droit*, vol. 43, n° 4, 2002, pp. 651-684; p. 677 ; ROUZZI Elisa, « L'application du principe de proportionnalité en droit de l'organisation mondiale du commerce », In RUIZ FABRI Hélène & GRADONI Lorenzo (éds.), *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de législation comparée, « Collection Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris », 2009, p. 483 ; MITCHELL Alex, « Proportionality », In *Legal principles in WTO*, New York, Cambridge University Press, 2008, pp. 177-237, p. 180. En materia de inversiones internacionales con el Estado, ver: KINGSBURY Benedict & SCHILL Stephan « Public Law Con-

Las anteriores aproximaciones doctrinales presentan visiones limitadas sobre el tema, por varias razones. En primer lugar, los análisis del principio de proporcionalidad en el DIE no dan cuenta de la actualidad sobre el tema, en especial, de los últimos cinco años. En segundo lugar, carecen de una aproximación completa y profunda del tema, toda vez que, parten del desarrollo que ha tenido la proporcionalidad en otras áreas jurídicas, para luego analizar la práctica en el derecho de la OMC y de las inversiones internacionales con el Estado, sin tener en cuenta ni las características del DIE, ni el carácter proteico del principio de proporcionalidad. En tercer lugar, se ha reconocido la aplicación jurisdiccional de la proporcionalidad en el DIE, sin que quede claro su estatus jurídico, es decir, si se trata de un principio general ‘de’ derecho o un principio general ‘del’ derecho. En cuarto lugar, el estudio de la proporcionalidad se ha limitado a las ocurrencias explícitas de términos, tales como, ‘proporcionalidad’, ‘proporcional’ o ‘desproporcionado’ sin englobar, en la medida de lo posible, toda noción jurídica susceptible de vehicular ese concepto jurídico. Finalmente, el análisis sobre los niveles de intensidad, en el derecho internacional económico, ha sido abordado de manera superficial.

Ahora bien, el estudio que se propone en la presente tesis, está sujeto a ciertas precisiones metodológicas. De hecho, el estudio del régimen jurídico del principio de proporcionalidad supone situar el tema al interior del DIE. En virtud de los escasos análisis recientes y teniendo en cuenta el conocimiento previo en materia de derecho administrativo, un primer acercamiento, desde el positivismo y el dogmatismo jurídico, permitirá esclarecer las particularidades que actualmente presenta el principio de proporcionalidad en el DIE. Así mismo, en virtud de la conexión inexorable entre el derecho de la OMC y el derecho de las inversiones internacionales con el Estado, un análisis transversal, en lugar de un estudio comparativo, aportaría a una comprensión sistemática sobre el tema.

cepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest - the Concept of Proportionality », in *International investment law and comparative public law*, 2010, pp. 75-104, p. 104; KRIEBAUM Ursula, « Regulatory Takings : Balancing the Interests of the Investor and the State », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8. no. 5, 2007, pp. 717-744; HENCKELS Caroline, “Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor–State Arbitration”, in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 4, No. 1, 2013, pp. 197–215, p. 199.

IV. Problemática, hipótesis y plan

Teniendo en cuenta las precisiones hechas hasta el momento, cabe preguntarse, ¿cuál es el régimen jurídico actual del principio de proporcionalidad en el derecho internacional económico?, en específico, ¿cuál es su naturaleza jurídica, su contenido, alcance y funciones? Pues bien, en el discurso doctrinal se hace referencia a la proporcionalidad con diferentes calificativos: principio general de derecho; principio general de derecho internacional; técnica o instrumento de control y estándar jurídico. Teniendo en cuenta la doctrina y la práctica actual del derecho internacional económico, podemos afirmar que, la proporcionalidad es, actualmente, un estándar jurídico poliédrico, con potencial de evolución en el derecho internacional económico. En efecto, la proporcionalidad se manifiesta, al mismo tiempo, como una noción, un estándar y/o un principio general en el derecho internacional económico. La anterior afirmación hace necesario puntualizar la relación entre, por una parte, las nociones y los estándares en el derecho internacional (A) y, por otra parte, los estándares y los principios jurídicos (B).

A. Las nociones y los estándares jurídicos

En el derecho internacional, encontramos ciertas características comunes entre la noción y el estándar. Por una parte, tanto el estándar como la noción jurídica cuentan con una gran flexibilidad en su aplicación. Por otra parte, ambos se pueden definir a través de diferentes criterios, por ejemplo, criterios políticos, sociales o económicos. Sin embargo, para que una noción adquiriera la calificación de estándar jurídico¹⁵⁰, en el derecho internacional, debe cumplir con algunos requisitos. El primero, que resulta el más evidente, que haya sido reconocido expresamente como un estándar en la práctica jurisdiccional o en la costumbre internacional. Por ejemplo, en el caso del tratamiento justo y equitativo, los tribunales de arbitraje internacional de inversiones con el Estado hacen alusión expresa al ‘estándar de’. El segundo requisito consiste en que la noción jurídica, que será calificada de estándar, mida una situación específica en términos de normatividad y/o normalidad. En efecto, « *le standard est une espèce particulière de règle de droit qui traduit la nor-*

¹⁵⁰ En el derecho de las organizaciones internacionales, también encontramos la referencia a estándares técnicos, los cuales quedan excluidos del presente estudio. Ver : GAMBELLI Franck, « Définitions et typologies des normes techniques », *Les petites affiches*, 11 février 1998, n°18, p.5.

*mativité en termes de normalité ; normalité quant à ce qui est (standard-mesure) et normalisation quant à ce devrait être (standard-tracé). Il examine au passage la place du juge dans l'objectivation du contenu normatif du standard-mesure »*¹⁵¹. Finalmente, el estándar debe estar contenido en una regla jurídica, bien sea introducida a través de la costumbre, como en el caso del estándar de buena fé, o bien, contenida en los tratados internacionales de comercio e inversiones internacionales, como el estándar de la nación menos favorecida. Cabe agregar que, a pesar de las dificultades en encontrar una definición generalizada de los estándares, es posible advertir que, « *derrière l'idée du standard, il y a bel et bien cette d'idée d'étalon de mesure des comportements dits normaux et d'homogénéisation des actes des sujets de droit* »¹⁵². Si bien los estándares y los principios jurídicos son nociones jurídicas indeterminadas, son conceptos distintos, tal como veremos a continuación.

B. Los estándares y los principios jurídicos

Los principios y los estándares son nociones jurídicas con carácter normativo y con contenido variable. Gracias a su aplicación en el caso concreto, se comprende, con detalle, el contenido específico que ha adquirido. Los principios generales de derecho, a la luz del artículo 38, párrafo 1, c) del Estatuto del TIJ, permiten completar el orden jurídico, en efecto, en caso de laguna, pueden, por analogía, aplicarse a un caso concreto, en donde ninguna regla sirve de fundamento para tomar una decisión, es decir que, se aplican directamente como una fuente jurídica autónoma. En cambio, los estándares jurídicos son nociones incluidas en las reglas convencionales. De hecho, « *la formulation des standards dans les règles de droit est effectuée au moyen de termes ou d'expressions tirées du langage courant et auxquels les juristes attachent un sens particulier* »¹⁵³. Así mismo, pueden estar presentes en forma de nociones o principios derivados de la costumbre internacional, es decir que, aparecen en el enunciado de la fuente normativa y dependen de ella. De manera que, los estándares no son una fuente jurídica autónoma, como ocurre con los

¹⁵¹ OUEDRAOGO Awalou. « Standard et standardisation : la normativité variable en droit international » *Revue Québécoise de droit international*, vol. 26, no. 1, 2013. pp. 155-186, p. 186.

¹⁵² LAGELLE Anaïs, *op cit.*, p. 29.

¹⁵³ LAGELLE, Anaïs. « Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale » Thèse de droit, soutenu à l'Université Nice-Sophia-Antipolis, le 30 novembre 2012, sous la direction de M. GARCIA Thierry, p. 24.

principios generales de derecho¹⁵⁴. Lo anterior no es óbice para que una noción sea al mismo tiempo un estándar jurídico y un principio general en el derecho internacional, es decir que, los estándares pueden estar contenidos en un principio general de derecho.

De acuerdo con lo antes dicho, consideramos a la proporcionalidad como un estándar que, podría calificarse de principio general del derecho internacional, o bien, de principio general de derecho, a la luz del artículo 38, párrafo 1, literal c) del Estatuto del TIJ. Es decir que, no cuenta actualmente con un estatus jurídico satisfactorio¹⁵⁵. Así mismo, tiene un contenido con geometría variable que se manifiesta de forma explícita e implícita. A pesar de lo anterior, el estándar de control de proporcionalidad existe en el derecho internacional económico, toda vez que ha sido implementado, en la solución de diferencias de la OMC y en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado, con distintos niveles de intensidad y cumple con una serie de funciones en el derecho internacional económico.

Para demostrar lo antes planteado, en un primer momento abordaremos los contornos del principio de proporcionalidad (**Primera parte**), para luego interesarnos por su implementación en el derecho internacional económico (**Segunda parte**).

Primera parte – Los contornos del principio de proporcionalidad

Segunda parte – La implementación en el derecho internacional económico

¹⁵⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Pour un droit commun*. Seuil. La Librairie du XXI^e siècle, 1994. 320 p ; p.131a 132.

¹⁵⁵ En vista de la versatilidad que tiene la noción jurídica de proporcionalidad, durante todo el escrito haremos referencia a los diferentes calificativos que pueden atribuírsele, esto es: principio, estándar, técnica, instrumento, o medio de control, teniendo en mente que, su forma actual es la de estándar jurídico de control, presente en las diferentes fuentes del DIE.

PRIMERA PARTE: LOS CONTORNOS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Ante la pregunta ¿cuáles son los contornos actuales de la proporcionalidad en el DIE?, consideramos que, presentan ciertas particularidades. En efecto, tanto su forma como su contenido, en el derecho del comercio y de las inversiones internacionales con el Estado, gozan de una especial flexibilidad.

Por una parte, el reconocimiento casi universal del principio de proporcionalidad ha venido acompañado de una incertidumbre, también generalizada, sobre su concepción y significado. En el derecho internacional económico no existe actualmente suficiente claridad respecto al estatus jurídico de la proporcionalidad. De manera que, la delimitación de la forma debe ir más allá de las líneas propias un ‘principio general’, permitiendo que el objeto se presente a partir del fondo en el que se destaca (**Título I**).

Por otra parte, el contenido de la proporcionalidad no se limita a una línea conceptual específica. Lo anterior, lo podemos observar desde un análisis nominalista, es decir teniendo en cuenta las expresiones textuales que se hacen de la proporcionalidad, en las diferentes fuentes jurídicas, como desde un análisis conceptualista, es decir, con base en los casos que aplican la proporcionalidad, de forma implícita (**Título II**).

TITULO I - LA INEXISTENCIA DE UN ESTATUS JURÍDICO SATISFACTORIO

El discurso jurídico en torno a la proporcionalidad le atribuye la forma de un principio jurídico, también de una técnica o instrumento judicial. Ciertamente, la proporcionalidad se ha aplicado, de forma generalizada, en los diferentes sistemas jurídicos del mundo. Así mismo, el principio de proporcionalidad ha sido reconocido en diferentes ámbitos del derecho internacional, con lo cual, podría considerarse a la proporcionalidad como un principio general. En el derecho internacional económico, la proporcionalidad no cuenta con el desarrollo jurídico que ha tenido en el derecho interno e internacional, en general. A pesar de ello, se está recurriendo, con frecuencia, a la exigencia de proporcionalidad y/o la prohibición de la desproporcionalidad de las medidas estatales, en los recientes tratados y convenios internacionales. De manera que, cabe preguntarse: ¿cuál es la naturaleza jurídica del principio de proporcionalidad en el derecho internacional económico?

Pues bien, en el derecho internacional económico el estatus jurídico de ‘principio general’ de proporcionalidad presenta limitaciones, toda vez que su origen y naturaleza jurídica no son fácilmente determinables (**Capítulo 1**). Así mismo, las críticas doctrinales y la escasa aplicación del principio de proporcionalidad en el derecho internacional económico han participado a las deficiencias en la consolidación de un principio general en el derecho del comercio y las inversiones internacionales con el Estado. De hecho, la proporcionalidad es aplicada, pero no con el estatus jurídico de ‘principio general’ sino inmersa en otras fuentes del derecho internacional económico (**Capítulo 2**).

Capítulo 1. Los límites en la calificación del ‘principio general’ de proporcionalidad

Los principios generales han sido objeto de constantes debates en el derecho. Según Ronald DWORKIN, los principios se diferencian de las reglas en que no ostentan una estructura condicionada compuesta por un supuesto de hecho y una consecuente sanción, de hecho, no establecen con claridad las circunstancias de la realidad ante las cuales deben ser aplicados, ni las consecuencias jurídicas que deben producirse tras su aplicación. Entonces, un principio no es más que “una razón a favor de argumentaciones encaminadas en cierto sentido, pero no implica necesariamente una decisión concreta¹⁵⁶”. Para Robert ALEXY, mientras las reglas son mandatos definitivos, los principios son ‘mandatos de optimización’ que, como tales, ordenan “que algo sea cumplido en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes¹⁵⁷”.

Para Michel TROPER, los principios jurídicos son normas generalizadas, vagas y programáticas¹⁵⁸. Es bien sabido que la diversidad de sentidos y realidades a la que puede referir el término ‘principio jurídico’ muestra los problemas de conceptualización de esta categoría normativa¹⁵⁹, lo que dificulta, además, comprender su valor y fuerza normativa. A pesar de estos inconvenientes, los principios jurídicos y en especial la categoría ‘principios generales’ han sido considerados una herramienta muy útil, para la corrección jurídica, así como para la protección de los derechos y libertades fundamentales¹⁶⁰. Según BERNAL PULIDO: “De todos es sabido que una de las principales funciones que desde siempre se han atribuido a los principios generales del derecho consiste en orientar el procedimiento de interpretación jurídica¹⁶¹”.

¹⁵⁶ DWORKIN Ronald, “¿Es el Derecho un sistema de normas?”, in DWORKIN, R. (edit.), *La Filosofía del Derecho*, trad. Javier Sainz de los Terreros, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, 292 p., p. 92.

¹⁵⁷ ALEXY Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, colección “El derecho y la justicia” trad. Elías Díaz, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1993, 603 p., p. 86.

¹⁵⁸ TROPER Michel, *La philosophie du droit*, PUF, Paris, 2015, 128 p., p. 76.

¹⁵⁹ ATIENZA Manuel & RUIZ-MANERO Juan, “Tres enfoques de los principios jurídicos”, in *Revista de ciencias sociales*, Universidad de Valparaíso, Chile, No. 38, 1993, pp. 329-356, p. 350.

¹⁶⁰ ALLAND Denis & RIALS Stéphane (dir), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2013, 1649 p. ver páginas 1201 a 1204.

¹⁶¹ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Centro de estudios políticos y constitucionales, 3a edición, Madrid, 2007, 885 p., p. 585.

En el derecho internacional, los principios jurídicos también han sido objeto de controversias doctrinales en relación con su existencia, significado y rol en el derecho internacional¹⁶². Actualmente, diferentes instrumentos jurídicos han reconocido formalmente la existencia de los principios generales¹⁶³, en tanto que fuente jurídica autónoma. A pesar de que no existe una definición unívoca, la doctrina está de acuerdo con que los principios generales “*are unwritten legal norms of a wide-ranging character; and recognized in the municipal laws of States; moreover, they which are must be transposable at the international level*”¹⁶⁴. En el orden internacional, se aplican varios de los principios existentes en el derecho interno. Por ejemplo, el principio de la buena fé¹⁶⁵, *estoppel*¹⁶⁶, igualdad¹⁶⁷ y cosa juzgada¹⁶⁸, entre muchos otros. Así mismo, la CDI ha reconocido la existencia de principios generales, en diferentes áreas del derecho internacional, tales como, en el contexto de la protección al medio ambiente en tiempo de conflictos armados¹⁶⁹, la soberanía territorial de los Estados y en la responsabilidad internacional de los Estados¹⁷⁰. Para el reportero especial, Sr. Rodríguez: “esta fuente del derecho internacional ha sido utilizada durante más de un siglo, y

¹⁶² CARREAU Dominique & MARRELLA Fabrizio, « Les principes généraux du droit », in *Droit international*, Paris, Pedone, 2012, 11e édition, p. 328.

¹⁶³ Entre ellos, el artículo 38, párrafo 1, literal c), del Estatuto del TIJ, según el cual : “Artículo 38. 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: (...) c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Disponible en: <https://www.un.org/es/documents/icjstatute/chap2.htm>

¹⁶⁴ PELLET Alain, « Article 38 », in ZIMMERMANN A., et al., (éd), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 677-793, p. 766, párrafo 249.

¹⁶⁵ En relación con el principio de buena fe, la jurisprudencia del TIJ es bastante numerosa, a modo de ejemplo, ver la decisión: *Argentina c. Uruguay*, causa relativa a las plantas de celulosa en el río Uruguay. Fallo de 20 de abril de 2010, párrafos 132 a 150. Extraído del Informe presentado por el TIJ a las Naciones Unidas, 2013, ST/LEG/SER.F/1/Add.5, p. 121.

¹⁶⁶ Principio jurídico según el cual nadie puede alegar su propia culpa, también conocido como la doctrina de los actos propios. Al respecto, ver entre otros, la decisión: *Bolivia c. Chile*, causa relativa a la obligación de negociar un acceso al océano pacífico, TIJ, fallo del 1 de octubre de 2018, párrafos 153 a 159.

¹⁶⁷ Ver entre otras, la reciente decisión: *Qatar c. Emiratos Árabes Unidos*, causa relativa a la aplicación de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, TIJ, decisión sobre las medidas provisionales del 23 de julio de 2018, párrafo 243.

¹⁶⁸ Entre otras, ver la decisión *Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia (Serbia y Montenegro)*, causa relativa a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, TIJ, Fallo de 26 de febrero de 2007, párrafo 135.

¹⁶⁹ Ver el proyecto de principios aplicables durante el conflicto armado para la protección del medio ambiente. Informe de la CDI, No. A/71/10, en su 68 periodo de sesiones, New York, 2016, páginas 345 a 367.

¹⁷⁰ Al respecto ver los trabajos de la CDI: Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1950; los informes preparados por la secretaria de la CDI, Nos. A/CN.4/245, Anuario CDI, 1971, vol. II, primera parte, párrafo 50; A/CN.4/315, Anuario CDI, 1978, vol. II, primera parte, párrafo 9. Así mismo, el informe sobre la Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, Anuario de la CDI, 2006; informe sobre la Responsabilidad de los Estados, Anuario de la CDI, 2001; informe sobre Responsabilidad de las organizaciones internacionales, Anuario de la CDI, 2011. En otros informes, se mencionan los principios generales de derecho como una de las fuentes a las que se puede recurrir en caso de ser necesario. Ver, por ejemplo: informe n° A/CN.4/SER.A/2003/Add.1. Anuario de la CDI, Vol. II, segunda parte, 2003, párrafo 112; informe n° A/CN.4/SER.A/2002/Add.1, Anuario de la CDI, Vol. II, segunda parte, 2002, párrafos 233, 468 y 487. Informe n° A/CN.4/SER.A/2000/Add.1. Anuario de la CDI, Vol. II, segunda parte, 2003, párrafo 276.

continúa sirviendo de fundamento, si bien su naturaleza, alcance, orígenes, criterios y métodos de identificación siguen sin estar claros¹⁷¹”. En efecto, la CDI ha venido trabajando sobre los diferentes cuestionamientos en torno a los principios generales de derecho¹⁷², en especial, en aquellos discutidos a nivel doctrinal, tales como el concepto de principio general de derecho¹⁷³, su contenido material¹⁷⁴ y el lugar que ocupan en el ordenamiento jurídico internacional¹⁷⁵.

En reciente informe se han aclarado algunos aspectos¹⁷⁶. Por ejemplo, los miembros de la CDI convinieron en que el artículo 38, párrafo 1, c), del Estatuto del TIJ constituía una declaración autorizada sobre los principios generales, como fuente jurídica autónoma, que además se veía corroborada en la práctica de los Estados, las cortes y tribunales internacionales¹⁷⁷. En cuanto a las funciones de los principios generales de derecho en el derecho internacional, los miembros de la CDI estuvieron de acuerdo con que “la inclusión de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional obedecía a la preocupación de evitar conclusiones de *non liquet* y que la finalidad de los elementos incluidos en este artículo era limitar la discrecionalidad judicial en la determinación del derecho internacional”¹⁷⁸. En cuanto al reconocimiento, “los miembros estuvieron de acuerdo, en general, en que el elemento del ‘reconocimiento’ era esencial para la identificación de los

¹⁷¹ CDI-Informe sobre los principios generales de derecho a cargo del relator especial, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez. Ver informe n° A/72/10, anexo al informe de la CDI en su 69° periodo de sesiones, New York. 2017, pp. 242-275, párrafo 33. Así mismo, ver informe n° A/73/10 de la CDI en su 70° periodo de sesiones, New York, 2018, párrafo 363.

¹⁷² La Secretaría de la CDI revisó la lista de temas de trabajo establecida en 1996 y decidió incluir el estudio de los principios generales de derecho dentro de los temas de examen. Ver informe del 31 de marzo de 2016 (A/CN.4/679/Add.1). Así mismo, el Reportero Especial Sr. Michael Wood destacó la necesidad que la CDI realizara un examen detenido sobre la relación entre los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario, propuesta aceptada por varios miembros de la CDI. Ver informe A/68/10, del 65 periodo de sesiones, 2013, párrafos 70 y 79 y el anexo del informe n°A/66/10, 63 periodo de sesiones, 2011, página 328.

¹⁷³ Específicamente, el significado de la expresión “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas” a los que hace referencia el Art. 38 del estatuto del TIJ, así como, el alcance de este concepto en relación con otras terminologías, tales como: “los principios generales del derecho”, “los principios generales del derecho internacional”, “principios fundamentales” y “principios de equidad”, entre otras. Al respecto ver, entre otros: CANÇADO TRINDADE Antônio Augusto, *The Construction of a Humanized International Law*, Brill Nijhoff, 2017, 780 p., p. 767.

¹⁷⁴ PELLET Alain, « Article 38 », *op.cit.* p. 792; DEGAN V. D., *Sources of International Law*, Martinus Nijhoff, 1997, 564 p., ver páginas 41 a 53.

¹⁷⁵ En relación con las otras fuentes, tales como las normas convencionales y/o la costumbre internacional. Al respecto, ver, entre otros: LEPARD Brian D., “The Relationship between Customary International Law and General Principles of Law” in B. D. Leppard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, 2010, 440 p., p. 162.

¹⁷⁶ CDI-Informe en el 71er periodo de sesiones (29 de abril a 7 de junio y 8 de julio a de agosto de 2019). Asamblea General Septuagésimo cuarto periodo de sesiones. Suplemento núm. 10. No. A/74/10.

¹⁷⁷ *Ibid.*, párrafo 231.

¹⁷⁸ *Ibid.*, Párrafo 232.

principios generales del derecho y respaldaron la sugerencia del Relator Especial de estudiar más a fondo ese requisito específico en un futuro informe¹⁷⁹”.

Sin embargo, el origen de los principios generales es uno de los temas que se sigue debatiendo al interior de la CDI. “Para resumir, habida cuenta de las controversias doctrinales sin resolver que rodean al concepto, no existe un entendimiento comúnmente acordado de los principios generales del derecho, ni de su relación con otros conceptos relacionados como ‘los principios generales del derecho internacional’ y ‘los principios fundamentales’. En particular, se siguen planteando cuestiones sobre si se limitan a los reconocidos en el derecho interno o podrían también derivarse de un origen internacional, y si los principios generales del derecho podrían generarse en un discurso ético. Estas cuestiones se reflejan en la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales¹⁸⁰”.

En relación con el principio de proporcionalidad, aún no está clara su determinación en el derecho internacional, puesto que parece cumplir con las condiciones de un principio general ‘de’ derecho, así como, las de un principio general ‘del’ derecho internacional. (Sección 1). En el derecho internacional económico, también encontramos dificultades en la calificación del principio de proporcionalidad, en donde, además, ha presentado un escaso reconocimiento expreso, como ‘principio’ general del derecho de la OMC y del derecho de las inversiones internacionales con el Estado (Sección 2).

Sección 1. La determinación del principio de proporcionalidad en el derecho internacional público

La identificación de los principios generales, en el derecho internacional, depende, en gran medida, del trabajo de los jueces o árbitros internacionales, quienes se encargan de reconocer, o no, *«l’existence d’un principe général du droit et de le revêtir du sceau de*

¹⁷⁹ Los miembros dejaron claro que no era lo mismo el término “reconocimiento” del término “aceptación como derecho”, éste último es relevante en el contexto del derecho internacional consuetudinario o costumbre del derecho internacional. Ver párrafo 241.

¹⁸⁰ Informe anual de la CDI, en el 69º período de sesiones (1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 4 de agosto de 2017), n° A / 72/10. Anexo A, párrafo 11. Además de la CDI, otros foros han discutido si los principios generales del derecho sólo pueden ser extraídos de las legislaciones nacionales ó también del ordenamiento y las relaciones internacionales, ver entre otros: International Law Association, “Study Group on the Use of Domestic Law Principles for the Development of International Law”, in *Working session 2016*, (10 de agosto), disponible en <http://www.ila-hq.org/index.php/study-groups>.

*l'autorité judiciaire*¹⁸¹ ». En vista que, tanto los principios generales como la costumbre internacional pueden ser objeto de reconocimiento por parte del juez o árbitro internacional, la doctrina ha intentado aportar a la comprensión sobre el origen de los principios jurídicos, en el derecho internacional, distinguiendo los principios generales ‘de’ derecho, de los principios generales ‘del’ derecho internacional.

Según esta perspectiva, los primeros provienen del derecho interno, tienen un reconocimiento generalizado, en los diferentes sistemas jurídicos del mundo o por lo menos, en los más tradicionales. Para que sean considerados principios generales ‘de’ derecho, a la luz del artículo 38, párrafo 1-c) del estatuto del TIJ, es decir que, una fuente jurídica directa y autónoma, deben ser extrapolables al orden internacional, a través de la analogía. « *Mais il ne s'agit pas d'une analogie aveugle, il faut constamment tenir compte des différences de structures entre le droit interne et le droit international*¹⁸² ». Entonces, sólo son extrapolables aquellos principios del derecho interno que son compatibles con los fundamentos del derecho internacional¹⁸³.

En cambio, los principios generales ‘del’ derecho internacional provienen de la costumbre del derecho internacional. De manera que, no requieren de un análisis sobre su posibilidad de ser extrapolables en el derecho internacional y tampoco son una fuente jurídica directa y autónoma, a la luz del Art. 38 párrafo 1-c) del estatuto del TIJ. Para Ascensio y otros:

« *Les principes généraux de droit ne doivent être confondus avec les principes généraux du droit international. C'est le 'lieu' où ils doivent être recherchés qui les différencie (...). Au contraire des principes généraux de droit, ils ne constituent pas une source autonome du droit international. Ils se confondent avec la coutume internationale. Comme l'a relevé la CPJI, cette expression ne signifie pas 'autre chose que le droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale*¹⁸⁴ ».

No obstante, la metodología mediante la cual se distinguen unos principios de otros sufre ciertas limitaciones teóricas y prácticas. Por una parte, los redactores del artículo 38 del Estatuto del TIJ tenían puntos de vista diferentes sobre lo que se pretendía cubrir con la

¹⁸¹ CARREAU Dominique & MARRELLA Fabrizio, *op.cit.*, p. 331.

¹⁸² DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public*, L.G.D.J. 8ème édition, Paris, 2009, p. 384.

¹⁸³ ASCENSIO Hervé, BODEAU-LIVINEC Pierre, FORTEAU, Mathias [et al.] « PGD : de et pas du », *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Paris, Éditions Pedone, 2017, 610 p., p. 434.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 434 a 436.

referencia a los principios generales de derecho¹⁸⁵. Por otra parte, existen deficiencias en la identificación de los principios generales del derecho, en el campo específico del derecho procesal. En primer lugar, la distinción entre los principios procesales de derecho interno y los de derecho internacional es cada vez menos clara, en virtud de la influencia que este último viene ejerciendo sobre aquel. En segundo lugar, la identificación de principios suficientemente generales es cada vez más difícil, teniendo en cuenta la multitud de cortes y tribunales a nivel internacional, de diversa naturaleza y funciones, quienes, a su vez, aplican principios jurídicos compatibles con el contexto jurídico institucional al que pertenecen. En tercer lugar, el derecho procesal internacional abarca también cualquier tipo de procedimiento de toma de decisiones, bien sea judicial, político o administrativo, de manera que, la determinación de si se está o no ante un principio general es discrecional. Finalmente, no hay claridad en la metodología seguida por los jueces y árbitros para identificar los principios generales del derecho procesal. De hecho, hay una tendencia al entrelazamiento entre diferentes fuentes del derecho procesal, en lugar de utilizar los principios generales del derecho procesal como una fuente separada¹⁸⁶. En palabras del profesor Mathias Forteau: “*Absent any clear methodology, doubts will remain as regards the exact nature and origin of general principles of procedural law*”¹⁸⁷. Gran parte de los anteriores cuestionamientos serán objeto de estudio futuro por parte de la CDI:

“(…) Algunos miembros sugirieron que el Relator Especial invirtiera el orden propuesto y empezara por la cuestión de la identificación de los principios generales del derecho internacional, en concreto por el umbral para el reconocimiento y los criterios para la transponibilidad o la transposición al sistema jurídico internacional de los principios comunes a los sistemas jurídicos nacionales. Hubo miembros que sugirieron que el Relator Especial propusiera una definición de principios generales del derecho. También se sugirió que el Relator Especial abordara en primer lugar la categoría más generalmente aceptada de principios generales del derecho, a saber, los derivados de los sistemas jurídicos nacionales, antes que la de los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional, y que tratara conjuntamente tanto la función como el reconocimiento¹⁸⁸”.

¹⁸⁵ GAJA Giorgio, “General Principles of Law”, in WOLFRUM Rüdiger (Éd), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPIL]*, Oxford, Oxford University Press, 2013. Disponible en: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-epil/9780199231690/law-9780199231690-e1410>.

¹⁸⁶ FORTEAU Mathias, “General Principles of International Procedural Law” in RUIZ FABRA Hélène (Dir), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPIL]*, Oxford, Oxford University Press, 2015, última actualización: Enero 2018, párrafos 20 a 30. Disponible en: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e3544.013.3544/law-mpeipro-e3544?prd=OPIL>

¹⁸⁷ *Ibid.*, párrafo 30.

¹⁸⁸ CDI- Informe de la Comisión de Derecho Internacional, en el 71er período de sesiones (29 de abril a 7 de junio y 8 de julio a de agosto de 2019), *op.cit.*, párrafo 247.

En cuanto al principio de proporcionalidad, ni la doctrina ni la jurisprudencia nos permiten determinar con total certeza, si se trata de un principio general ‘de’ derecho, a la luz del artículo 38, párrafo 1, literal c) del estatuto de la TIJ o bien, un principio general ‘del’ derecho internacional y/o proveniente de la costumbre de derecho internacional. Por el momento, está claro que, el principio de proporcionalidad ha sido reconocido, de manera generalizada, en el derecho interno de los diferentes sistemas jurídicos en el mundo, especialmente en los más tradicionales (§1). Así mismo, ha sido aplicado en diferentes ámbitos del derecho internacional, a través de la costumbre (§ 2), sin que quede claro su actual origen en el derecho internacional.

§ 1- El principio de proporcionalidad ha sido ampliamente reconocido en el derecho público interno

Como es bien sabido¹⁸⁹, el principio de proporcionalidad ha sido reconocido, de manera generalizada, en el derecho público interno¹⁹⁰ de diferentes países. De hecho, podemos encontrar referencias al principio de proporcionalidad en las diferentes áreas del derecho administrativo, tales como, el derecho fiscal¹⁹¹, urbanístico¹⁹² y disciplinario¹⁹³, así como, en otras áreas del derecho público. Por ejemplo, en la filosofía del derecho¹⁹⁴, el derecho constitucional¹⁹⁵ y el derecho penal¹⁹⁶. Para Aharon Barak “*we now live in the age of proportionality*”¹⁹⁷.

¹⁸⁹ Ver Introducción, *supra*.

¹⁹⁰ El principio de proporcionalidad ha tenido un importante reconocimiento y desarrollo en el derecho privado interno. En vista de la visión publicista con la que ha sido abordada la presente tesis, nos hemos concentrado en el reconocimiento obtenido en el derecho público interno.

¹⁹¹ LEFEBVRE Marie-Caroline, *La proportionnalité en droit fiscal*. Tesis de doctorado en ciencias jurídicas, sustentada en la Universidad de Caen, 2019, bajo la dirección de Frédéric Douet, 450 p. Ver también: SERRAT ROMANÍ Marina, «La doble imposición desde el principio de proporcionalidad», in *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación*, No. 349, 2012, pp. 41-80.

¹⁹² Ver entre otros: CONDE ANTEQUERA Jesús, «El principio de proporcionalidad en la restauración urbanística: un caballo de troya en la seguridad jurídica», in *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 91, 2011, pp. 103-145.

¹⁹³ Ver, entre otros : PLANCHARD Anaïs, « Le contrôle de proportionnalité des sanctions disciplinaires franchit les portes des prisons », in *La Revue des droits de l'homme [En línea], Actualités Droits-Libertés*, publicado el 05 julio 2015, consultado el 14 diciembre 2020. Disponible en: <http://journals.openedition.org/revdh/1391>

¹⁹⁴ Son varios los autores dedicados al tema. En reciente publicación ver: BOROWSKI Martin, “La ponderación en la estructura jerárquica del derecho”, in ELÓSEGUI ITXASO María (dir. congr.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales: Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, 2016, pp. 71-100.

¹⁹⁵ Ver también: CARBONELL Miguel (Éd.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación consitucional. Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*, Quito, Ecuador, 2008, 350 p. DOMINGO PÉREZ Tomás, “Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad” in *Revista Persona y Derecho*, N°. 56, 2007, pp. 245-280.

Su reconocimiento generalizado, en el dercho interno, se debe principalmente al uso frecuente que de él hacen las Cortes y Tribunales. En palabras de Paul GRAIG: “*proportionality should become a general head of judicial review, proportionality can readily apply as a standard of review to all types of case, irrespective of whether they are concerned with rights or not*¹⁹⁸”.

Sin embargo, es posible encontrar referencias expresas en otras fuentes jurídicas, tales como, los textos constitucionales o legales de algunos países. De todas las maneras, es innegable el desarrollo del principio general de proporcionalidad en el derecho interno, presente en los sistemas jurídicos más tradicionales en el mundo, es decir, tanto en el sistema del *civil law* (A) como, en el sistema del *common law* (B).

A. En el sistema del *civil law*

El principio de proporcionalidad ha tenido un importante desarrollo en los países pertenecientes a la tradición jurídica del derecho continental o *civil law*, en donde el principio de proporcionalidad ha sido reconocido, bien sea de forma expresa, o bien, de forma implícita. Por ejemplo, en las Constituciones políticas de Portugal, Suiza y Grecia, el principio de proporcionalidad se encuentra expresamente reconocido en el texto constitucional. Por una parte, en la Constitución Política de Portugal, el principio de proporcionalidad es textualmente mencionado en el artículo 19, numeral 4¹⁹⁹, en relación con la proclamación del estado de sitio. Así mismo, la proporcionalidad es uno de los principios fundamentales que rigen la administración pública. Según el numeral 2 del artículo 266: “Los órganos y los funcionarios de la administración estarán sujetos a esta Constitución y la ley y

¹⁹⁶ COULIBALY Malick, “*Le principe de proportionnalité en droit répressif français*”, tesis sustentada en la Universidad Montpellier 1, bajo la dirección de Marie-Christine Sordino, 2003, 700 p.

¹⁹⁷ BARAK Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, New York, Cambridge University Press, 2012, 638 p, p. 457.

¹⁹⁸ CRAIG Paul, “Proportionality, Rationality and Review”, in *Digital Repository, Maurer School of Law: Indiana University*, No. 2455, 2010, pp. 265-301, p. 266.

¹⁹⁹ Según el numeral 4 del artículo 19: “Tanto la declaración del estado de Sitio como del estado de Excepción y su implementación, respetarán el principio de proporcionalidad y se limitarán, particularmente respecto a su duración extensión y medios empleados, a lo que sea estrictamente necesario para la rápida restauración de la normalidad constitucional”. Constitución política de Portugal. Versión en español disponible en: https://constituteproject.org/constitution/Portugal_2005.pdf?lang=es.

deberán actuar, en el desempeño de sus funciones, con respeto por los principios de igualdad, proporcionalidad, justicia, imparcialidad y buena fe²⁰⁰».

Por otra parte, la Constitución Suiza del 18 de abril de 1999, en el numeral 2 del artículo 5, establece que: «*L'activité de l'Etat doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé*²⁰¹». Igualmente, en su artículo 36, numeral 3 contempla que : « *Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé*²⁰²». Finalmente, la Constitución de la República Griega, reformada en 2001, reconoce el principio de proporcionalidad de manera expresa. Según la traducción al inglés del profesor Antonis CHANOS, el artículo 25, numeral 1, literal d) de la Constitución Griega establece que: “*Restrictions of any kind which, according to the Constitution, may be imposed upon these rights should be provided either directly by the Constitution or by statute, should a reservation exist in the latter's favour, and should respect the principle of proportionality*²⁰³”.

En otros países, el principio de proporcionalidad ha sido reconocido a través de la jurisprudencia y debido al uso frecuente del principio, hoy en día se considera un principio general de derecho público. En efecto, en Alemania, si bien la Ley fundamental no hace referencia expresa al principio de proporcionalidad, «*c'est en droit allemand que le principe de proportionnalité possède sa forme plus marquée, aussi bien dans la jurisprudence que dans la doctrine*²⁰⁴». En este país, el principio de proporcionalidad ha sido ampliamente reconocido por la jurisprudencia administrativa, siendo « *le résultat d'un double processus : d'une part, la translation d'un concept philosophique à un principe juridique (de la conception svarezienne au Code civil prussien), d'autre part, le passage d'une couverture doctrinale à une réception jurisprudentielle (de la littérature prussienne à la Cour administrative suprême)*²⁰⁵ ». Además, el principio de proporcionalidad se ejerce a nivel de control de

²⁰⁰ Constitución política de Portugal. Versión en español disponible en: https://constituteproject.org/constitution/Portugal_2005.pdf?lang=es.

²⁰¹ Artículo 5, numeral 2 de la Constitución Federal de la Confederación Suiza, del 18 de abril de 1999, disponible en: <https://wipo.lex.wipo.int/es/text/271292>.

²⁰² Artículo 36, numeral 3 de la Constitución Federal de la Confederación Suiza. Ver también: MOOR Pierre, «Systématique et illustration du principe de la proportionnalité », in Mélanges en l'honneur de Michel Fromont. Les droits individuels et le juge en Europe, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 319-341, p. 321

²⁰³ CHANOS Antonis, “New Constitutionalism and the Principle of Proportionality: The Case of the Greek Constitution”, in Diritto & Questioni Pubbliche, vol. 16, 2016, pp. 191-202, p. 191.

²⁰⁴ SCHWARZE Jürgen, « Le principe de proportionnalité », « Le principe de proportionnalité », in AUBY Jean-Bernard (éd.) *Le droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 2ème édition, « Collection Droit Administratif », pp. 721-911, p. 729.

²⁰⁵ GUILMAIN Antoine, « Sur les traces du principe de proportionnalité: une esquisse généalogique », in McGill Law Journal - Revue de droit de McGill, vol. 61, n°1, 2015, pp. 87-137, p. 109.

constitucionalidad de los actos legislativos, con base en la interpretación de los Artículos 19 y 20 de la Ley Fundamental alemana, que consagran la protección de los derechos fundamentales y el Estado de derecho²⁰⁶, por ejemplo, en materia de leyes de policía y de investigación penal; en el derecho de familia, y en materia de libertad contractual, entre otros²⁰⁷. Así las cosas, el gran mérito de la jurisprudencia alemana es “*d’avoir eu recours au principe de proportionnalité, mais également de l’avoir dit et explicité clairement*”²⁰⁸. Igualmente, el principio de proporcionalidad se ejerce a nivel de control de constitucionalidad de los actos legislativos, con base en la interpretación de los Artículos 19 y 20 de la Ley Fundamental alemana, que consagran la protección de los derechos fundamentales y el Estado de derecho²⁰⁹, por ejemplo, en materia de leyes de policía y de investigación penal; en el derecho de familia, y en materia de libertad contractual, entre otros²¹⁰. Así mismo, el principio de proporcionalidad ha tenido un amplio reconocimiento en la doctrina jurídica alemana, donde ha sido objeto de numerosos estudios y debates, especialmente en relación con su carácter de un estándar de razonamiento judicial, a partir de la tesis del filósofo Robert ALEXY. Para este autor, el derecho está compuesto por normas, las cuales pueden ser reglas o principios. Los principios son mandatos de optimización. Así mismo, los derechos fundamentales son principios y, por tanto, mandatos de optimización. Igualmente, la ponderación o proporcionalidad *stricto sensu* es el método de aplicación de los principios. Es decir que, frente a la colisión de dos principios, el juez, haciendo uso de la proporcionalidad *stricto sensu*, puede tener en cuenta todos los argumentos a favor o en contra de la prevalencia de los principios en conflicto y así determinar cuál de ellos tiene mayor peso en el caso concreto²¹¹. De allí la importancia de la proporcionalidad como estándar de control judicial²¹².

206 GALETTA Diana, « Le principe de proportionnalité », in », in AUBY Jean-Bernard, & DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 2ème édition, « Collection Droit administratif » pp. 501-526, p. 502.

207 UERPMANN-WITZACK Robert, “Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour constitutionnelle fédérale”. Conférence-débat du CDPC – Le principe de la proportionnalité, 8 de febrero de 2018, disponible en: www.revuegeneraledudroit.eu, pp. 1-15, p. 4.

208 PHILIPPE Xavier, “ Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l’exemple du contentieux constitutionnel”; presentación en el coloquio Les figures du contrôle de proportionnalité, en la Universidad Paul Cézanne Aix-Marseille III. 4 y 5 de junio de 2007; pp. 20-40, p. 22.

209 GALETTA Diana, « Le principe de proportionnalité », op.cit., p. 502.

210 UERPMANN-WITZACK Robert, “Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour constitutionnelle fédérale”. Conferencia debate del CDPC, título: “Le principe de la proportionnalité”. 8 de febrero de 2018, disponible en: www.revuegeneraledudroit.eu, pp. 1-15, p. 4.

211 ALEXY Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op.cit., p. 88 y ss.

212 Los planteamientos de Robert ALEXY han sido ampliamente discutidos por la doctrina alemana, así como por la doctrina extranjera, incluso en la actualidad. Ver: ALEXY Robert “Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak”, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 16, No., 3-9, Noviembre 2018, pp. 871–879.

En el derecho público español, tampoco encontramos una referencia expresa al principio de proporcionalidad en la Constitución Española, en adelante -CE-, sin embargo, la jurisprudencia constitucional reconoce el principio de proporcionalidad como parte de la interpretación de los artículos 9.3; 103.1; Art. 10.1 y 106.1 de la CE. Estos artículos contemplan la “interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”; el sometimiento de la Administración pública al Estado de derecho; “el respeto a la ley y a los derechos de los demás” y el control judicial de la actividad administrativa. En materia administrativa, el control de proporcionalidad se ha implementado de forma progresiva y actualmente es aplicado en casi todos los ámbitos del derecho administrativo español, siguiendo el test de proporcionalidad alemán, es decir, se hace estudio de la adecuación, necesidad y en algunos casos la proporcionalidad *stricto sensu*, de la medida administrativa bajo estudio²¹³.

Del mismo modo, en el derecho público francés tampoco encontramos una referencia expresa a este principio en la Carta Política. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia, administrativa y constitucional, han venido aceptando, de forma progresiva, su aplicación. De hecho, su evolución ha pasado de la desconfianza, al restringido estudio del error manifiesto en la discrecionalidad administrativa²¹⁴, hasta su aplicación cada más frecuente, en el control de las decisiones administrativas e incluso constitucionales, gracias a la influencia jurisprudencial del TEDH y del TJUE. Es más, el Código francés de justicia administrativa actual, en sus artículos L.551-19 y L.551-22, hacen mención al eventual estudio de proporcionalidad que debería hacer el juez administrativo si declara la nulidad de un contrato, en relación con las consecuencias que acarrea dicha declaratoria de nulidad tanto para el interés general como para los intereses económicos del contratista²¹⁵. Además, en materia constitucional, el principio de proporcionalidad se ha venido reconociendo cada vez

213 SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel, El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo. Un análisis jurídico desde el Derecho español, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, « Serie de Derecho Administrativo », 2007, 488 p., p. 67.

214 FROMONT, “Le principe de proportionnalité », in AJDA, n° spécial, 1995, pp. 156-165, p. 157.

215 Según el artículo L.551-19: “Toutefois, dans les cas prévus à l'article L. 551-18, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général. Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat, ou si le contrat porte sur une délégation de service public ou encore si la nullité du contrat menace sérieusement l'existence même d'un programme de défense ou de sécurité plus large qui est essentiel pour les intérêts de sécurité de l'État”. Igualmente según el Article L. 551-22: “Le montant des pénalités financières prévues aux articles L. 551-19 et L. 551-20 tient compte de manière proportionnée de leur objet dissuasif, sans pouvoir excéder 20 % du montant hors taxes du contrat. Le montant de ces pénalités est versé au Trésor public”. Subrayado propio. Disponible en: https://www.cjoint.com/doc/19_01/IAoo6JLlrhx_CJA2019.pdf.

con mayor frecuencia, dentro del control de la constitucionalidad de las leyes²¹⁶. Así las cosas, el principio de proporcionalidad ha contado con un reconocimiento expreso en los textos jurídicos de algunos países. En cambio, en otros, “*sa présence, voire son omniprésence, est en effet paradoxalement souvent implicite*”²¹⁷. De acuerdo con lo antes visto, el principio de proporcionalidad existe y se ha venido desarrollando en el derecho europeo, bien sea con anterioridad al reconocimiento en la jurisprudencia regional, o bien, con ocasión de ésta²¹⁸.

Siguiendo la tradición jurídica del *civil law*, los países latinoamericanos también han desarrollado el principio de proporcionalidad, tanto en el derecho constitucional como en el derecho administrativo. Por ejemplo, en Colombia, a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional ha venido aplicando el principio de proporcionalidad de manera continuada²¹⁹, siguiendo la visión tripartita del test alemán²²⁰. Para Nogueira, la Corte Constitucional colombiana ha sido “una de las jurisdicciones constitucionales que mejor uso han hecho del test de proporcionalidad²²¹”. Lo mismo ocurre con la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano, en donde el test de proporcionalidad ha permitido el control de la discrecionalidad administrativa, en especial, en materia de restricción de derechos y garantías constitucionales²²². Igualmente, en otros países

216 BOUSTA Rhita, “La ‘spécificité’ du contrôle constitutionnel français de proportionnalité”, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 59, n°4, 2007, pp. 859-877, p. 876.

217 *Ibíd.*, p. 860.

218 Algunos países de Europa han implementado el principio de proporcionalidad, de manera tácita, pero con anterioridad al reconocimiento y desarrollo de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH. Es el caso de: Francia, Bélgica, Holanda, Austria y Luxemburgo. Otros países, con ocasión de esta, como en el caso de España, Italia, Dinamarca, Reino Unido e Irlanda. Al respecto, ver : SCHWARZE, Jürgen, « Le principe de proportionnalité », *op.cit.*, páginas 732-740. Finalmente, en otros países, el principio de proporcionalidad ha sido aplicado por la jurisprudencia de forma expresa. Es el caso de Alemania, Polonia, Hungría, Lituania, Eslovenia y República Checa. SADURSKI Wojciech, *Rights Before Courts: a Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Springer, 1ª edición, 2005, 476 p. Ver páginas 266 a 282.

219 CEPEDA ESPINOSA Manuel José, “La ponderación de derechos en Colombia: el aporte de la jurisprudencia constitucional” in MONTEALEGRE Eduardo (Coord.), *La ponderación en el derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 133-185.

220 En varias de sus sentencias, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado de manera completa el test de proporcionalidad. Por ejemplo: Sentencia T- 530 de 1992; Sentencia T-015 de 1994; Sentencia C-022 de 1996; Sentencia C-309 de 1997; Sentencia C-581 de 2001 y Sentencia C-835 de 2013, entre muchas otras. Decisiones disponibles en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>

221 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto “El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno”, in CARBONELL, Miguel (Coord.), *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*, Santiago, Librotecnia, pp. 353-403, página 361 a 362.

222 PEREIRA BLANCO Milton, CARRILLO DE LA ROSA, Yezid, “Principio de proporcionalidad, argumentación jurídica, y potestad discrecional de la administración pública: Análisis desde los límites a los derechos y garantías fundamentales”, in *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n°. 18, Bogotá, 2017, pp. 65-83. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6076804>

latinoamericanos, desde México²²³ hasta Argentina²²⁴, el principio de proporcionalidad ha ingresado en la jurisprudencia constitucional, siguiendo, en la mayoría de las ocasiones, la visión alemana del test de proporcionalidad²²⁵. En Perú, por ejemplo, además del desarrollo jurisprudencial, el principio de proporcionalidad ha sido reconocido de forma expresa en el texto constitucional. En efecto, según el artículo 200, numeral 6 de la Constitución política peruana: “Cuando se interponen acciones (...) en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia de sitio²²⁶”.

De acuerdo con lo antes visto, el principio de proporcionalidad se ha expandido de forma generalizada en los países que siguen la tradición jurídica del derecho continental. En cuanto al sistema del *common law*, si bien el principio de proporcionalidad no ha tenido el mismo desarrollo, encontramos referencias al mismo, bajo las formas del, ‘*balancing test*’ y el ‘*reasonableness test*’, así como un reciente reconocimiento expreso del principio de proporcionalidad.

B. En el sistema del *common law*

Tanto el Reino Unido como Estados Unidos han ejercido influencia sobre el derecho público interno de otros países, pertenecientes a la tradición jurídica *common law*. Para algunos, «*l'équivalent du contrôle de proportionnalité en Grande Bretagne est le 'principe of reasonableness'*»²²⁷, de manera que, el desarrollo del principio de razonabilidad se considera

²²³ SÁNCHEZ GIL Rubén, “Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México”, in *Revista Mexicana de derecho constitucional*, n°21, 2009, pp. 1-13. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5893/7830>.

²²⁴ El principio de proporcionalidad ha sido reconocido en otros países, tales como, Ecuador, Perú, Brasil, Uruguay y Chile. Ver: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto “El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno”, *op.cit.*, páginas 355 a 400.

²²⁵ CARBONELL, *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, 342 p. La Corte Suprema Argentina ha acudido, en varias ocasiones, al principio de razonabilidad para el control del exceso de poder. Al respecto, ver: CLÉRICO Laura, “Capítulo 4. Derechos constitucionales y humanos, control de razonabilidad (control de proporcionalidad en el derecho argentino e interamericano)” in CLÉRICO Laura, *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro México, 2018, 309 p., pp. 149-187.

²²⁶ Constitución Política del Perú. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf

²²⁷ Ver por ejemplo : KATROUGALOS Georges, AKOUMIANAKI Daphne, « L’application du principe de proportionnalité dans le champ des droits sociaux », in *Revue du droit public*, n° 5-2012, pp. 1381-1410, p. 1386.

parte del desarrollo del principio de proporcionalidad en el Reino Unido. En efecto, el test de razonabilidad, entendido como un “*weighing and balancing test*”²²⁸ fue reconocido a partir de la decisión *Wednesbury*²²⁹, proviene del pragmatismo que caracteriza al sistema del *Rule of precedents* y se basa en la idea de que una decisión no debe tener efectos irrazonables, desproporcionados, o fuera de proporción.

Más precisamente, la regla de razonabilidad, lleva al juez a valorar si la medida objeto de estudio es una conducta razonable, teniendo en cuenta la situación de hecho y el precedente legal sobre el mismo tema. Así, para evaluar una decisión y considerarla arbitraria o excesiva, los tribunales británicos llevan a cabo un triple análisis. En primer lugar, analizan si el objetivo de la regla en cuestión es lo suficientemente importante como para justificar la limitación de un derecho fundamental. En segundo lugar, si las medidas adoptadas para lograr el objetivo fijado presentan un vínculo de racionalidad con él. Finalmente, si los medios solicitados la limitación de un derecho o libertad es necesaria para el cumplimiento del objetivo perseguido²³⁰. De manera que, el juez se encarga de examinar, en cada caso concreto, la razonabilidad de la medida objeto de estudio, decidiendo si debe o no anularse.

Debido a las reticencias doctrinales a su aplicación, el test de proporcionalidad no ha sido expresamente considerado como un “*general ground of judicial review*”²³¹ en el Reino Unido. No obstante, con la entrada en vigor de la modificación a la *Human Rights Act*, en el año 2000, se incorporó al derecho británico la Convención Europea de Derechos Humanos y, desde entonces, los jueces pueden controlar la actuación de todos los poderes públicos, incluso las del poder legislativo. Aunado a lo anterior, la influencia ejercida por la jurisprudencia del TEDH y del TJUE, permitió la implementación, progresiva, del test de

228 Para Yossi Nehushtan, “Perceiving reasonableness as a balancing test is not merely another possible way to understand what reasonable means. This is the only possible way of understanding how the reasonableness test in fact operates in UK public law”. Ver: NEHUSHTAN Yossi, “The non-identical twins in UK public law: reasonableness and proportionality” in *Israel Law Review*, vol. 50, No. 1, 2017, pp. 69-86, p.5.

229 Tribunal de apelación de Inglaterra y Gales, decisión del 10 de noviembre de 1947, en el asunto: *Associated Provincial Picture Houses Ltd. vs. Wednesbury Corporation*. Al respecto ver: DALY Paul, “*Wednesbury’s reason and structure*”, in *Public Law*, 2011, pp. 238-240, p. 238.

230 PHILIPPE Xavier, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l’exemple du contentieux constitutionnel » op.cit., p. 31.

231 HIMSWORTH Chris, “La proporcionalidad en el Reino Unido” in *Cuadernos de derecho público*, n° 5, 1998, pp. 263-286, p. 263.

proporcionalidad, como “*standard of review*”²³² de la actividad administrativa y constitucional en el Reino Unido, con características similares al “*reasonableness test*”²³³.

Como consecuencia, en recientes decisiones, la Corte Suprema del Reino Unido, ha reconocido al control de proporcionalidad como una estructura jurídica aplicable, incluso por fuera de la Convención europea y el derecho de la Unión europea. Según Xavier Philippe : « *le contrôle de proportionnalité a élargi le champ du principe of reasonableness en lui donnant un caractère plus précis et plus systématique. Si l'idée du contrôle demeure la même, son contenu est plus sophistiqué* »²³⁴.

En los Estados Unidos de América, una parte de la doctrina se ha negado a la aplicación expresa y directa del principio de proporcionalidad, en el derecho público. “*Whether American administrative law recognizes a general requirement of proportionality in governmental action is an unlikely question for an American jurist to ask. Were the question put to him, he would probably not even know how to answer it*”²³⁵. De hecho, el debate aún continúa entre los autores, algunos a favor del uso del principio de proporcionalidad como estándar de revisión a nivel constitucional y legal, y otros en contra²³⁶.

La evolución jurisprudencial del siglo XX en torno a la cláusula del debido proceso legal, o *substantive due process of law*, contenida en las enmiendas V y XIV a la Constitución de los Estados Unidos, dio luz al control judicial de razonabilidad de las leyes, basado en tres estándares de revisión legal, denominados escrutinios o ‘*scrutiny*’, que se distinguen uno de otro, por los niveles de intensidad que sugieren para el control judicial de las leyes. El primer escrutinio, que es el más exigente es denominado ‘*strict scrutiny*’ y parte de la premisa que la norma que regula un derecho fundamental es inconstitucional. Para superar el test, el Estado

232 RIVERS Julian, « Proportionality and Variable Intensity of Review », in Cambridge Law Journal, University of Cambridge. Vol. 65, No. 1, 2006. pp. 174-207, p. 180.

233 Igualmente ver: COHN Margit, « Legal Transplant Chronicles: The Evolution Of Substantive Judicial Review of the Administration in the United Kingdom », in The American Journal of Comparative Law, Vol. 58, No. 3, 2010, pp. 583a 562, p. 584.

234 PHILIPPE Xavier, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel » op.cit., p. 25.

235 BERMANN Georges, “The principle of proportionality”, in American Journal of Comparative Law, vol. 26, nº1, 1977-1978, pp. 415-432, p. 415.

236 Ver CRAIG Paul, “Proportionality, Rationality and Review”, op.cit, p. 265 a 266. Ver también: MATHEWS Jud, “Agency discretion, judicial review and ‘proportionality’ in US administrative law”, in RANCHORDÁS Sofia, DE WAARD Boudewijn, The Judge and the Proportionate Use of Discretion. A comparative Administrative Law Study, Inglaterra, Routledge, 2017, 224 p., p.187. Ver también: JACKSON Vicki, “Being Proportional about Proportionality”, in Constitutional Commentary, 2004, vol. 21 pp. 803-859, p. 815.

debe probar que el acto se profirió con la finalidad de promover un interés estatal imperioso y, además, que es necesario y se encuentra confeccionado a la medida. Este test se aplica especialmente en relación con las libertades preferidas²³⁷.

El segundo test se conoce como el '*intermediate scrutiny*'. En este caso el Estado debe demostrar que la regulación estatal objeto de análisis persigue un interés estatal, no imperioso, pero sí legítimo e importante. Al revisar la medida, la Corte Suprema de Estados Unidos, exige la adecuación entre los medios y los fines. Eventualmente, la Corte puede hacer un juicio de necesidad o eficiencia respecto de los medios adoptados tomando en consideración, hipotéticamente, otras medidas menos restrictivas. Este escrutinio está dirigido al control de las medidas estatales respecto de derechos constitucionales y no a las libertades preferidas, como con el escrutinio anterior²³⁸.

El tercer escrutinio es el *rational basis review*, o control de relación razonable. Se trata de un examen residual sobre normas que no caen dentro de los supuestos de los escrutinios anteriores. En este test, la medida se presume constitucional y el Estado debe probar entonces que los medios son adecuados al fin perseguido, el fin debe ser legítimo y existencia de una relación razonable o racional entre la medida estatal y el fin perseguido. *El rational basis review* es entonces el más sencillo de franquear teniendo en cuenta que no parte de una presunción de inconstitucionalidad. De hecho, es el más aplicado en el control judicial de las leyes²³⁹. A pesar de los puntos de encuentro entre los elementos del test de proporcionalidad de origen alemán y el test de razonabilidad o '*weighing and balancing test*' que se aplica en Estados Unidos, un examen histórico de ambos principios nos muestra que surgen en contextos diferentes y no comparten un ancestro común, sino que descienden de dos líneas distintas²⁴⁰.

237 SAPAG, Mariano A, "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: un estudio comparado", in *Dikaion*, vol. 22, nº7, 2008, pp. 157-198, p. 168.

238 GIARDELLI Lucas, TOLLER Fernando y CIANCIARDO Juan, "Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones. Paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema estadounidense y del sistema interamericano sobre el derecho a la igualdad", in FERRER MAC-GREGOR Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA Arturo (coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. IV, Derechos fundamentales y tutela constitucional, México, Marcial Pons, 2008, 604 p., ver páginas 301-343.

239 NACHBAR Thomas B. "The rationality of rational basis review", in *Virginia Law Review*, vol. 102, nº. 7, 2016, pp. 1627-1690, p. 1630.

240 COHEN-ELIYA Moshe & PORAT Iddo, « American balancing and German proportionality: The historical origins », in *I•CON*, 2010, vol. 8 nº. 2, pp.263–286 p. 284.

Actualmente, si bien, la Suprema Corte de Estados Unidos aún no ha aceptado, de forma expresa, al principio de proporcionalidad, como un estándar relevante en la jurisprudencia sobre derechos fundamentales, el ‘*weighing and balancing test*’, es aplicado, y por tanto, algunos elementos del principio de proporcionalidad siguen marcando la jurisprudencia. De hecho, “*the Court engages in the weighing and balancing of different rights and interests in a variety of different normative settings, for example in the context of the dormant commerce clause*”²⁴¹.

De acuerdo con lo antes visto, el principio de proporcionalidad ha tenido un reconocimiento expreso más notorio en el derecho público del Reino Unido que en el derecho público de Estados Unidos, gracias, tal vez, a la influencia que sigue ejerciendo la jurisprudencia regional europea. A pesar de lo anterior, el principio de proporcionalidad ha logrado expandirse en los países que siguen la tradición jurídica del *common law*, tales como: Irlanda²⁴², Canadá²⁴³, Israel²⁴⁴, Sudáfrica²⁴⁵, Australia²⁴⁶, Nueva Zelanda²⁴⁷, India²⁴⁸ y Corea del Sur²⁴⁹. Incluso en el derecho asiático, el estándar del control de proporcionalidad ha permeado, entre otras, las Cortes de China, Hong Kong y Taiwan²⁵⁰. En todos los casos, el principio de proporcionalidad se considera un estándar judicial, no positivista, que justifica las motivaciones de los jueces en los casos en que se deba revisar la juridicidad de una medida administrativa o legislativa que limita derechos fundamentales.

241 BÜCHELER Gebhard, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, New York, Oxford University Press, 2015, 329 p., p. 61.

242 SCHWARZE, Jürgen, « Le principe de proportionnalité », op.cit., p. 743 a 744.

243 La Suprema Corte de Canadá ha venido aplicado un control muy similar al de proporcionalidad a partir del caso de Regina v Oakes. Al respecto, ver : TREMBLAY Luc, WEBBER Grégoire (éds.), *The limitation of Charter Rights : critical essays on R. v. Oakes*, Thémis, Montreal, 2009, 181 p., p. 40.

244 BARAK Aharon, “Proportional Effect: The Israeli Experience”, in *University of Toronto Law Journal*, vol. 57, n° 2, 2007, pp. 369-382, p. 380.

245 La Corte Constitucional de Sudáfrica lo ha venido implementando gracias a la decisión del 6 de marzo de 1995, en el asunto: S. v. Zuma & Others, disponible en: <https://collections.concourt.org.za/handle/20.500.12144/1980>

246 A partir de la decisión Kartinyeri v. Commonwealth, de la Corte Constitucional Australiana, del 1 de abril de 1998, párrafos 79 y 88, disponible en: <https://jade.io/j/?a=outline&id=68043>

247 Gracias a la sentencia Ministry of Transp. v. Noort de la Corte Suprema de Nueva Zelanda de 1992. Ver: RISWORTH Paul, OPTICAN Scott, « Two comments on Ministry of Transp. v. Noort » in *New Zealand Recent Law Review*, 1992, pp. 189-195, p. 190.

248 Con la decisión S.R. Bommai v. Union of India de 1994. Ver: COHEN-ELIYA Moshe, PORAT Iddo, « Proportionality and the Culture of Justification », in *American Journal of Comparative Law*, 2011, vol. 59, pp. 463-490, p. 465.

249 PO Jen Yap, *Constitutional Dialogue in Common Law Asia*, Oxford : Oxford University Press, 2015, 240 p, p. 100.

250 Al respecto, ver, entre otros autores: LINDSETH Peter, ROSE-ACKERMAN Susan, EMERSON Blake (éds.), *Comparative Administrative Law*, 2a edición, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, 752 p., p. 412.

Así las cosas, el principio de proporcionalidad pareciera cumplir con la primera de las condiciones para ser calificado como principio general ‘de’ derecho, a la luz del artículo 38, párrafo 1, literal c) del estatuto del TIJ. Sin embargo, el principio de proporcionalidad también hace parte de la costumbre del derecho internacional, sin que quede claro si estamos, en todos los casos, ante la transposición de un principio proveniente del derecho interno o si el origen es exclusivo del derecho internacional.

§ 2- El principio de proporcionalidad ha sido reconocido en el derecho internacional

El surgimiento del principio de proporcionalidad en el derecho internacional data de comienzos del siglo XX, de acuerdo con el reconocimiento dado, tanto por el TIJ como por el Instituto de Derecho Internacional²⁵¹. En cuanto al origen, los jueces y árbitros, al aplicar el principio de proporcionalidad, en el derecho internacional, no dejan clara su procedencia, ni la metodología utilizada para su identificación. Según el profesor Mathias Forteau:

“In some cases, international courts and tribunals identified procedural ‘principles’ without indicating that they constitute, as such, general principles of law in the strict meaning of the term (...). The same can be said, to make an analogy with a principle which does not qualify stricto sensu as a procedural rule, as regards the principle of proportionality, which has been applied by international courts and tribunals mainly as a principle deriving from customary international law or as an ‘inherent’ principle applicable to coercive measures, rather than as a general principle of law as such²⁵²”.

De hecho, en la lista tradicional de principios generales del derecho, aplicables en el derecho internacional, no se incluían referencias a la proporcionalidad *“contrary to the notions of equity, the protection of good faith, legitimate expectations or protection from retroactive application and other legal principles generally recognized in domestic law and main legal systems²⁵³”*. Sin embargo, la proporcionalidad ha sido objeto de un progresivo reconocimiento en el derecho internacional público, donde ha adquirido un lugar entre los principios jurídicos

251 Desde 1934, el Instituto de Derecho Internacional ya establecía la exigencia del principio de proporcionalidad en las medidas de represalias, en estos términos: « las medidas deben ser proporcionales a la gravedad del hecho ilícito inicial ». Ver Resolución votada en el curso de la 39 sesión, Anuario IDI, 1934, p. 708. Además, la prohibición de represalias desproporcionadas, desde la decisión en el asunto Naulilaa, sirvió de base para la jurisprudencia internacional a posteriori. Decisión del TIJ, del 31 de julio de 1928. Al respecto, BARDONNET Daniel, « Quelques observations sur le principe de proportionnalité en ^{le}droit international », in Le droit international dans un monde en mutation, Liber amicorum hommage au Professeur Eduardo Jiménez de Archaga, T. II, Montevideo, 1994, pp. 995-1036, p. 1009.

252 FORTEAU Mathias, “General Principles of International Procedural Law”, op.cit., párrafo 36.

253 COTTIER Thomas et al. “The Principle of Proportionality in International Law: Foundations and Variations”, in Journal of World Investment & Trade vol. 18, 2017, pp. 628-672, p. 630.

del derecho internacional público. Lo anterior se infiere de la frecuente aplicación por parte de los Tribunales internacionales. En efecto, “*a rich vein of jurisprudence, a convergence of many dispute settling judgments rendered by a multiplicity of courts, tribunals, and arbitrators, validates the conclusion that ‘proportionality constitutes a general principle of international law’*”²⁵⁴.

Por ejemplo, en el derecho de la función pública internacional, los Tribunales administrativos de las organizaciones internacionales, han hecho uso del principio de proporcionalidad para controlar la licitud de las sanciones disciplinarias emitidas contra sus funcionarios²⁵⁵. Así mismo, en el derecho internacional humanitario, también se reconoció al principio de proporcionalidad, por ejemplo, en la protección a la población civil de los ataques recibidos durante un conflicto armado internacional²⁵⁶; en el juzgamiento a los civiles²⁵⁷, en la conducción de las hostilidades²⁵⁸ y en la protección al medio ambiente durante los conflictos armados²⁵⁹. Del mismo modo, en el derecho internacional marítimo, durante los años 80’s y principios de los 90’s, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del TIJ se consideraba al principio de proporcionalidad como parte de los principios equitativos para la delimitación marítima²⁶⁰, bajo el entendido de “*une formule mathématique susceptible de*

254 FRANCK Thomas, «On Proportionality of Countermeasures in International Law », in The American Journal of International Law, vol. 102, n° 4, 2008, pp. 715-767, p. 716.

255 ALLAND Denis, Justice privée et ordre juridique international. Etude théorique des contre-mesures en droit international public, Paris, Pendone, 2014, 503 p., p. 300.

256 El artículo 51, numeral 5, literal b, del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1977, establece una obligación implícita de proporcionalidad, en estos términos: “Artículo 51 - Protección de la población civil: 5. Se considerarán indiscriminados, entre otros, los siguientes tipos de ataque: b) los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”. Así mismo, según el artículo 57, literal a, numeral 3, se debe respetar la precaución en los ataques a la población civil, cuando sea de prever “que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>

257 El artículo 67 del Convenio V de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 1949 establece: “Los tribunales sólo podrán aplicar las disposiciones legales anteriores a la infracción y conformes a los principios generales del derecho, especialmente por lo que atañe al principio de la proporcionalidad de las penas. Deberán tener en cuenta el hecho de que el acusado no es súbdito de la Potencia ocupante”. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents>

258 El artículo 22 de la Convención IV de 1907 establece una obligación implícita de proporcionalidad en estos términos: « Les belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi » Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (H.IV) de 1907, disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents>

259 Ver el proyecto de principios aplicables durante el conflicto armado para la protección del medio ambiente. Informe de la CDI, n° A/71/10, en su 68 período de sesiones, New York, 2016, páginas 345 a 367.

260 Encontramos abundante jurisprudencia internacional en la que se aplica la noción de proporcionalidad, como parte de la delimitación marítima, a partir de la decisión de la CIJ, del 20 de febrero de 1969, asunto Plateau continental de la mer du Nord, TIJ, informes de 1969, pp. 52-53, párrafo 101 (D) (3).

*jouer comme un rapport de quantités entre elles*²⁶¹”. Actualmente, la jurisprudencia del TIJ considera también la dimensión cualitativa del principio de proporcionalidad, es decir, revisar la ausencia de toda “desproporción” significativa en el resultado de la delimitación marítima, susceptible de llevar a un resultado inequitativo²⁶². A nivel doctrinal tampoco está claro si, el principio de proporcionalidad proviene del derecho interno y su aparición en el derecho internacional se debe a una extrapolación en el derecho internacional público, o bien, es un principio de perteneciente a la costumbre del derecho internacional²⁶³. Sea como fuere, es un principio existente en el derecho internacional público, en diferentes ámbitos, con formas y contenidos variables.

Lo anterior se hace evidente en dos áreas del derecho internacional, en las que se nos concentraremos, teniendo en cuenta el reconocimiento que estas visiones del principio de proporcionalidad han tenido en el derecho internacional económico. Es decir, el reconocimiento del principio de proporcionalidad en el derecho regional europeo (A), así como, en el derecho de las contramedidas internacionales (B).

A. En el derecho regional europeo

Tanto el derecho de la Unión Europea como el derecho de la Convención Europea de Derechos Humanos han hecho un reconocimiento explícito del principio de proporcionalidad. Entonces nos referiremos al derecho regional europeo para hacer referencia, en adelante, a ambos ordenamientos jurídicos.

En efecto, el principio de proporcionalidad ha sido plenamente reconocido, tanto para la protección de derechos fundamentales como para el control de las decisiones administrativas y legislativas de los Estados miembros. De hecho, la proporcionalidad es una noción cualitativa, es decir que el control de proporcionalidad aplicado por el TJUE y el TEDH implica la verificación de diferentes condiciones propias del control de proporcionalidad, que

261 BARDONNET, D. « Quelques observations sur le principe de proportionnalité en droit international », op.cit. nota 144, p. 997.

262 Ver las decisiones del TIJ: *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, decisión del 14 de Noviembre de 2009, Recueil 2009, p. 72, párrafos: 214 a 216; *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, decisión del 19 de noviembre de 2012, Recueil 2012, párrafos : 239 a 247. *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, decisión del 27 de enero de 2014, Recueil 2014, párrafo 194.

263 KILCUP James, “Proportionality in Customary International Law: An Argument Against Aspirational Laws of War”, in *Chicago Journal of International Law*, vol.17, nº1, pp. 244-272.

no son aplicadas de forma generalizada, y que, una vez constatada la existencia de una de las condiciones, no es necesario continuar con el control judicial, se considera que la medida no respeta el principio de proporcionalidad.

Así, el TJUE ha venido implementando, a través de su jurisprudencia, el estudio de al menos una de las siguientes condiciones: i) la medida es adecuada en relación con el objetivo asignado por su autor y ii) la medida es necesaria, en el sentido que no debe existir otra alternativa más eficaz y menos restrictiva de los derechos e intereses en conflicto²⁶⁴. En cuanto a iii) la proporcionalidad estricta, los autores están de acuerdo en considerar que es una condición de aplicación restringida²⁶⁵. Sin embargo, en algunas ocasiones, el TJUE revisa, además, iv) si la medida persigue un objetivo legítimo y, v) si se está frente a una desviación de poder o abuso del derecho²⁶⁶.

Igualmente, para el TEDH, si bien no existe una estructura del control de proporcionalidad que se utilice de forma generalizada²⁶⁷, también podemos observar, que realiza un control de proporcionalidad basado en al menos una de las siguientes condiciones: i) la relación razonable entre los medios empleados y el fin perseguido, doctrinalmente conocida como la aptitud o carácter apropiado, ii) si la medida “era necesaria en una sociedad democrática”, es decir, si los motivos invocados para justificarla son pertinentes y suficientes. A veces, también revisa iii) la proporcionalidad *stricto sensu*, en el sentido de revisar si la medida lleva a un justo equilibrio entre el interés general y el interés individual del demandante, iv) la legitimidad de la finalidad perseguida²⁶⁸.

264 A partir de la decisión Schröder, el TJUE consideró que : « en vertu de ce principe, la légalité de mesures imposant des charges financières aux opérateurs est subordonné à la condition que ces mesures soient appropriées et nécessaires à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les charges imposées ne doivent pas être démesurées par rapport aux buts visés. » TJUE; decisión Schröder / Hauptzollamt Gronau, del 11 de julio de 1989, Asunto 265/87, p : 2237. Esta decisión ha servido de base para su reconocimiento frecuente y posterior. Ver también: TJCE; decisión Balkan, del 24 de octubre de 1993, asunto 5 /73, Rec., p. 1091.

265 Ver: SIERRA Grenfieth, « Une approche comparée des principes de proportionnalité et de subsidiarité dans la jurisprudence de la CJUE et du TJCA: la coordination-harmonisation des pluralismes juridiques régionaux à l'épreuve de l'internationalisation du droit de l'intégration », Revista de estudios socio-jurídicos, Bogotá (colombia), vol. 15, No. 2, pp. 127-158, julio-diciembre de 2013. P : 136.

266 SIMON Denys, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », LPA, 2009, n° 46, p. 17.

267 Según Tania RACHO : « Un seul élément peut être développé et les autres simplement envisagés implicitement, ce qui peut fausser la considération concernant l'absence du triptyque ». RACHO Tania, « Le système européen de protection des droits fondamentaux », Tesis de doctorado en derecho europeo, sustentada en la Université Paris II- Panthéon-Assas en noviembre de 2018; 649 p., p. 415.

268 Ibid. Ver páginas: 416 a 428.

Si bien es cierto, no puede hacerse una generalización respecto del contenido del principio de proporcionalidad que el TJUE y el TEDH le han dado, retendremos los elementos más comunes, también desarrollados por la doctrina. Es decir que, en el análisis del TJUE, se incluye el estudio de la “i) *suitability*, 2) *necessity* and 3) *proportionality strict sensu*”²⁶⁹. Así mismo, en el análisis jurisprudencial del TEDH se tiene en cuenta que los Estados pueden interferir “‘with’ or ‘restrict’ the ‘exercise’ of a Convention right (...) but only when such interferences are ‘prescribed by law’ and ‘are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others’”²⁷⁰.

Tanto en el derecho de la Union Europea como en el derecho de la Convención Europea de derechos humanos, el principio de proporcionalidad se aplica, bien sea para restringir los abusos o desviaciones en el ejercicio de los poderes estatales, o bien, para la protección de uno de los derechos protegidos a nivel convencional. De manera que estamos ante una relación de proporcionalidad en donde por una parte, encontramos a un Estado, mientras que, en la otra, podemos encontrar a otro Estado o bien a un particular.

En cambio, a nivel universal, específicamente, en el derecho de las contramedidas internacionales con el Estado, encontramos que, el principio de proporcionalidad rige la relación entre dos Estados soberanos, de manera que el desarrollo y contenido del principio de proporcionalidad ha sido distinto.

B. En el derecho de las contramedidas internacionales

El principio de proporcionalidad, en el derecho de las contramedidas, ha tenido un importante desarrollo en relación con el uso de la fuerza. Hoy en día, los Estados deben abstenerse de amenazar o utilizar la fuerza contra la integridad territorial o la independencia

269 HARIHARAN Srikanth, « Distinction between Treaty and Contract The Principle of Proportionality in State Contractual Actions in Investment Arbitration », in *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 14, 2013, pp. 1019-1054, p. 1038.

270 STONE SWEET Alec, DELLA CANANEA Giacinto, « Proportionality, General Principles of Law, and Investor-State Arbitration : A Response To Jose Alvarez », in *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 46, 2014, pp. 911 p. 920.

política de cualquier otro Estado²⁷¹. Es más, se reconoce que la obligación constituye un principio del derecho internacional consuetudinario²⁷². Es un mandato universalmente vinculante y está contemplado, tanto en el numeral 4 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas²⁷³, como en el artículo 51 de la Carta de la Organización por las Naciones Unidas-ONU²⁷⁴.

En este contexto, el principio de proporcionalidad es importante para evaluar la legalidad del recurso a las represalias, en respuesta a medidas ilegales, en particular el uso ilegal, o amenaza de fuerza, en el derecho internacional. Desde el establecimiento de la Carta de las Naciones Unidas, se ha aceptado que existen esencialmente tres formas de represalias. Por una parte, las retorsiones, por otra, las contramedidas y, finalmente, la legítima defensa. Todas estas formas de respuestas estatales se despliegan tradicionalmente de manera horizontal entre Estados. Por una parte, las contramedidas están sujetas a la prohibición de abuso de derechos. Por otra parte, la legítima defensa debe cumplir ciertas condiciones, tales como, la condición previa del uso de la fuerza y estar ante un ataque armado, real e inminente²⁷⁵.

Es aquí donde el principio de proporcionalidad, encuentra su punto de partida en el derecho internacional de las contramedidas. Al lado del principio de necesidad, permite el análisis de la reacción respecto del hecho internacionalmente ilícito. En efecto, en el derecho internacional de la responsabilidad de los Estados, el principio de proporcionalidad ha sido reconocido en la costumbre internacional y en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, en adelante-CDI-. Es actualmente tenido en cuenta, como una de las

271 STIRCHLER Nikolas, *The Threat of Force in International law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 384 p., p. 42.

272 SHAW Malcolm, *International Law*, séptima edición, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 265 p., ver páginas 814 a 815.

273 Según dicha disposición: “4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”. Versión en español, disponible en: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/carta_nu.pdf

274 Según el artículo 51 de la Carta de la ONU de 1945: “Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales”. Versión en español, disponible en: <https://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-vii/#:~:text=Art%C3%ADculo%2051,paz%20y%20la%20seguridad%20internacionales>.

275 DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias & PELLET Alain, op.cit., p. 1048. Ver también: BETHLEHEM Daniel, “Principles Relevant to the Scope of a State's Right of Self-Defense Against an Imminent or Actual Armed Attack by Non-State Actors”, in *American Journal of International Law*, 2012, pp. 770-777, p. 772.

condiciones de licitud de la legítima defensa ante la agresión armada internacional²⁷⁶. Por otra parte, es una de las condiciones en el uso de contramedidas ante el hecho internacionalmente ilícito²⁷⁷. Igualmente, la proporcionalidad es reconocida como parte del concepto de reparación integral del daño internacional²⁷⁸.

Es un principio jurídico presente en la costumbre del derecho internacional, tanto en la práctica jurisdiccional como en la práctica de los Estados. Para KOLB:

“Chaque fois que les contre-mesures ont fait l'objet d'un débat judiciaire, les gouvernements ont tenu compte et ont plaidé la proportionnalité. Il est intéressant de noter que les États ayant eu recours aux contre-mesures contestées ont toujours admis la nécessité de se conformer aux exigences d'une proportionnalité qu'ils formulèrent de surcroît, en règle générale, selon son acception positive et non comme absence de disproportion. Il en a été ainsi dans les deux célèbres arbitrages du Naulilaa (1928) et des Services aériens (1978). Pour ce qui est de la Cour internationale, dès l'époque de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI), en l'affaire du Trafic ferroviaire (Lituanie c. Pologne) (1939), le Gouvernement lituanien plaida que son refus de prendre des mesures nécessaires pour rétablir certaines communications ferroviaires avec la Pologne et en général sa rupture des relations avec ce pays s'analysait en acte mixte de rétorsion et de représailles. Dans ce contexte, il reconnut que le droit international impose la condition de proportionnalité pour toute représaille²⁷⁹”.

En cuanto al origen del principio de proporcionalidad, ni la doctrina ni la jurisprudencia nos aclaran la metodología a partir de la cual ha sido identificado, “the principle of

276 La legítima defensa es una de las condiciones que excluyen la ilicitud de la conducta internacionalmente ilícita, a la luz del Art. 21 del proyecto de artículos de la CDI, sobre responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito. Ver: Informe de la sesión 56, suplemento n° 10 (A/56/10). Anexo a la resolución No. 56/83 de la Asamblea general, fecha: 12 de diciembre de 2001, p. 392. Ver: *Annuaire français de droit international*, CNRS Editions, vol. 42, 1996, pp. 315-336, p. 327.

277 Al respecto, el artículo 51, del proyecto de artículos de la CDI, establece: « les contre-mesures doivent être proportionnelles au préjudice subi, compte tenu de la gravité du fait internationalement illicite et des droits en cause » Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito. Resolución aprobada por la Asamblea General del 28 de enero de 2002, sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1) en su 56° sesión de trabajo. Documento A/RES/56/83, p. 402.

278 El proyecto de artículos de la CDI, en su artículo 35 establece: “- Restitución. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución: b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización. Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito”. op.cit., p. 102.

279 KOLB Robert, « La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions – Essai de clarification conceptuelle », in SICILIANOS Linos-Alexandre, FORLATI-PICCHIO Laura, (éds), *Les sanctions économiques en droit international*, Leiden, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, pp. 379-443, p. 400.

*proportionality is a central feature of international law (...). Yet the legal status of proportionality in international law is far from clear*²⁸⁰”.

De acuerdo con lo antes visto, a pesar de la incertidumbre respecto de la naturaleza jurídica del principio de proporcionalidad en el derecho internacional público, es innegable el desarrollo teórico-práctico que ha tenido en el derecho público, tanto interno como internacional, de tal manera que, ha influenciado la solución de diferencias en el derecho de la OMC y de las inversiones internacionales con el Estado.

Sección 2. La determinación en el derecho internacional económico

En el derecho internacional económico, encontramos la aplicación de principios provenientes del derecho interno, que también se aplican en el derecho internacional general, tales como, el principio de buena fé; *pacta sunt servanda*; *jura novit curia* y la no retroactividad de los tratados internacionales²⁸¹. Otros están relacionados con el procedimiento jurisdiccional internacional. Por ejemplo, el debido proceso; la igualdad de las partes procesales; la carga de la prueba; el derecho de contradicción y la publicidad, entre otros²⁸². Cabe entonces preguntarse, ¿De qué manera se ha reconocido al principio de proporcionalidad en el derecho internacional económico?

Pues bien, en las reglas convencionales, en materia de inversiones internacionales con el Estado, no se hacía un reconocimiento expreso del ‘principio’ de proporcionalidad²⁸³. Así mismo, ninguno de los Acuerdos Marco de la OMC exige el respeto del ‘principio general’ de proporcionalidad. De hecho, encontramos la referencia a la proporcionalidad o prohibición de medidas desproporcionadas en algunas disposiciones²⁸⁴, pero no el reconocimiento textual de

280 KILCUP, James, “Proportionality in Customary International Law: An Argument Against Aspirational Laws of War”, op.cit., p. 244.

281 Así lo reconoce la OMC en su página web al referirse a los principios y conceptos del derecho internacional público. Ver: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/repertory_e/p3_e.htm. Ver también: GATTINI Andrea, TANZI Attila, and FONTANELLI Filippo, General Principles of Law and International Investment Arbitration, Nijhoff International Investment Law Series, vol. 12, 2018, 500 p., ver páginas 21-44.

282 CORREDOR HIGUERA Jorge Armando, “Una aproximación a los principios procesales aplicables en los sistemas de solución de controversias del derecho internacional económico”, in Opinión Jurídica, 2015, vol. 14, n° 27, pp. 87-106, p. 96.

283 Nos referimos a los tratados bilaterales de inversión menos recientes, frente a los cuales se han proferido laudos arbitrales en los últimos cinco años. Además, tal como veremos más adelante, en los tratados recientes se menciona la proporcionalidad, pero aun no se cuenta con decisiones arbitrales que nos muestren la forma y contenido que obtendrán. Ver capítulos infra.

284 Ver capítulo 2, infra.

un ‘principio general’ especial que regule las relaciones de comercio internacional entre los Estados Miembros²⁸⁵.

A nivel doctrinal, no se cuenta actualmente con una visión clara respecto del origen del principio de proporcionalidad en el derecho internacional económico. Por una parte, se guarda silencio sobre el tema. En efecto, se ha abordado el estudio del principio de proporcionalidad, bien sea partiendo del reconocimiento que ha obtenido en el derecho interno, o bien a partir del reconocimiento en el derecho regional e internacional. Otros han abordado el estudio del principio de proporcionalidad en ambos contextos jurídicos sin dejar claro el origen del principio²⁸⁶. Finalmente se aborda el análisis de la existencia de la proporcionalidad, de forma directa, sin hacer referencia a su origen en las fuentes del derecho internacional²⁸⁷.

Por otra parte, no existe acuerdo doctrinal al respecto. Por ejemplo, para BÜCHELER, la proporcionalidad cumple con los requisitos de un principio general ‘de’ derecho. “*Whether called ‘meta-constitutional rule’, tool of ‘neutral, rational-decision making’ or ‘principle’ for the purposes of Article 38 (1) (c) ICJ Statute it only matters that proportionality is a legal concept sufficiently established in domestic law and transposable to the international level*”²⁸⁸. En cambio, para SHARMA, la proporcionalidad no debería considerarse uno de los principios generales ‘de’ derecho. “*The second source erroneously advanced to be the PR's source in indirect expropriation is general principles of law under Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice*”²⁸⁹. Tampoco debería buscarse el origen de la proporcionalidad en el desarrollo jurisprudencial del TEDH. “*Therefore, given the systemic*

285 Las referencias explícitas a lo ‘proporcional’ y ‘desproporcionado’ serán tratadas en el capítulo 3, infra.

286 ANDENAS Mads & ZLEPTNIG Stefan, « Proportionality: WTO Law: in Comparative Perspective », in *Texas international law journal*, vol. 42, n°3, 2007, pp. 371-427

287 DESMEDT Alex, « Proportionality in WTO Law », in *Journal of International Economic Law*, vol. 4, n°3, 2001, pp. 441-480. Ver : BARTENSTEIN Kristin, « L'article XX du GATT : le principe de proportionnalité et la concordance concrète entre le commerce et l'environnement », in *Les Cahiers de droit*, vol. 43, n° 4, 2002, pp. 651-684. Ver también: ROUZZI Elisa, « L'application du principe de proportionnalité en droit de l'organisation mondiale du commerce », In RUIZ FABRA Helène & GRADONI Lorenzo (éds.), *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de législation comparée, «Collection Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris », 2009, pp. 475-492.

288 BÜCHELER, BÜCHELER Gebhard, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, New York, Oxford University Press, 2015, 329 p., p. 100.

289 SHARMA, Uma Jitendra, "What's Past Is Prologue: Revisiting Proportionality in Investor-State Arbitration", in *Singapore Law Review*, vol. 36, 2018-2019, p. 152-185, p. 161.

*differences and the incompatibility of key elements of the ECHR's proportionality framework (the margin of appreciation), the PR cannot be indiscriminately imported from the ECHR*²⁹⁰”.

En cambio, la doctrina parece estar de acuerdo con que el principio de proporcionalidad fue introducido en el derecho de la OMC y de las inversiones internacionales con el Estado, a través de las decisiones de los órganos encargados de la solución de diferencias, en específico, las decisiones del OSD y los laudos de los TAIIE. Sin embargo, no se logra identificar, con claridad, el origen del principio de proporcionalidad. (§1). Lo mismo ocurre con la práctica decisonal reciente. De hecho, las contadas decisiones en las que se aplica, de forma explícita, el ‘principio’ de proporcionalidad, presentan en algunas ocasiones a un principio que pareciera cumplir con los requisitos de un ‘principio general de derecho’ y en otras ocasiones se acerca más a un principio proveniente de la costumbre del derecho internacional (§ 2).

§ 1- El ingreso del principio de proporcionalidad en la solución de diferencias

La aplicación del principio de proporcionalidad se ha hecho presente en las decisiones de los órganos jurisdiccionales en materia de comercio e inversiones internacionales con el Estado. De hecho, su aplicación implícita, parece haber iniciado en el derecho del comercio internacional entre Estados, con la decisión arbitral de 1989 en el asunto *U.S.-Section de la Tariff Act de 1937*²⁹¹. En este caso, el panel implementó analizó las medidas menos restrictivas, respecto de la protección de la moral pública, de acuerdo con el artículo XX del el GATT. Poco más de una década después, el órgano de apelación del OSD, profirió, entre otros, los informes *Korea Beef*²⁹²; *U.S.-Gambling*²⁹³; *Clove Cigarettes*²⁹⁴, *UE-Shrimp*²⁹⁵; *Brazil-Tyres*²⁹⁶, todos, bastante tratados por la doctrina²⁹⁷.

290 *Ibíd.*, p. 164.

291 OMC, Informe del panel, adoptado el 7 de Noviembre de 1989. No. (L/6439 - 36S/345), párrafos 5.25 a 5.35, decisión disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/87tar337.pdf

292 Informe del órgano de apelación de la OMC, decision del 11 de diciembre de 2000, asunto: Korea-Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef, WT/DS161/AB/R, párrafo 164. Esta decisión es tomada en cuenta en el Informe del órgano de apelación, del 12 de marzo de 2001, asunto: European Communities-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, WT/DS135/AB/R, párrafo 172.

293 Informe del órgano de apelación de la OMC, United States: Measures Affecting the Cross-Border Supply of Betting and Gambling Services, decision del 7 de abril de 2005, WT/DS285/AB/R, párrafo 292.

294 Informe del órgano de apelación, United States-Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes, decision del 2 de Septiembre de 2011, WT/DS 406/R, párrafos 7.353 a 7-369.

295 Informe del órgano de apelación, United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, decision del 12 de Octubre de 1998, WT/DS58/AB/R, párrafo 159.

296 Informe del órgano de apelación de la OMC, Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres, decision del 3 de diciembre de 2007, WT/DS332/AB/R, párrafo 182.

297 Serán objeto de análisis en el capítulo 4, *supra*.

Así mismo, en la práctica de los arbitrajes internacionales no había un reconocimiento expreso de la proporcionalidad, de hecho, encontramos referencias al estudio de la medida menos restrictiva o bien, al requisito de razonabilidad en la medida de expropiación de los derechos del inversionista. Esas referencias son consideradas por la doctrina, como parte del surgimiento del principio de proporcionalidad en el derecho internacional de inversiones con el Estado. Entre otras, con las decisiones, *S.D. Myers Inc. v Government of Canada*²⁹⁸; *Feldman v Mexico*²⁹⁹; *Pope & Talbot*³⁰⁰ y *Middle East Cement*³⁰¹.

Sin embargo, la doctrina ha reconocido de manera casi generalizada que el reconocimiento más importante del principio de proporcionalidad se encuentra en dos informes del OSD (A) y en dos decisiones de los TAIIE (B). En ambos casos, encontramos un reconocimiento expreso del principio de proporcionalidad, pero la calificación del principio de proporcionalidad no queda clara.

A. La aplicación en la solución de disputas de la OMC

El reconocimiento expreso del principio de proporcionalidad en las decisiones del OSD, comenzó con los informes *Estados Unidos-Hilados de algodón*³⁰² y *Estados Unidos – Tubos al carbono*³⁰³, relacionados con medidas de salvaguardia comercial.

Las salvaguardias comerciales pueden consistir en restricciones cuantitativas de las importaciones, o aumentos de los derechos por encima de los tipos consolidados. Los

²⁹⁸ Por ejemplo, en el arbitraje NAFTA bajo las reglas del CNUDMI. Laudo parcial del 13 de noviembre de 2000, en el asunto *S.D. Myers Inc. v Government of Canada*. párrafos 215, 221 y 255.

²⁹⁹ Otro ejemplo lo encontramos en la decisión *Feldman Karp (Marvin Roy) v United Mexican States*. Tribunal de arbitraje bajo el auspicio del CIADI. Laudo del 16 de diciembre de 2002. No. ARB(AF)/99/1, párrafos 103–05.

³⁰⁰ NAFTA, laudo arbitral interino, *Pope & Talbot Inc vs Government of Canada*, decision del 26 de Junio de 2000, párrafo 68.

³⁰¹ CIADI, laudo arbitral del 12 de abril de 2002, en el asunto: *Middle East Cement Shipping and Handling Co SA vs Arab Republic of Egypt*, No ARB/99/6.

³⁰² OMC. Informe del órgano de apelación del 8 de octubre de 2001, en el asunto: *Estados Unidos - Medida de Salvaguardia de Transición aplicada a los Hilados Peinados de algodón procedentes del Pakistán*. No. WT/DS192/AB/R.

³⁰³ OMC. Informe del órgano de apelación del 15 de febrero de 2002, en el asunto: *Estados Unidos - Medida de Salvaguardia definitiva contra las importaciones de Tubos al Carbono soldados de sección circular procedentes de Corea*. No. WT/DS202/AB/R.

miembros de la OMC pueden imponerlas a otros Estados miembros siempre que sean temporales y que se determine que las importaciones causan o amenazan causar un daño grave a una rama de producción nacional competidora. El Estado miembro que las imponga deberá, en general, dar una compensación a los Estados miembros cuyo comercio se vea afectado³⁰⁴.

En efecto, en el asunto *Estados Unidos-Hilados de algodón*³⁰⁵, el órgano de apelación revisó la decisión del grupo especial, en relación con la licitud de las medidas comerciales de salvaguardia impuestas por Estados Unidos al Estado de Pakistán, sobre las importaciones masivas consideradas perjudiciales para el comercio interno estadounidense. El OSD confirmó la decisión de primera instancia en el sentido que Estados Unidos no logró demostrar el perjuicio o daño grave a la producción nacional, con la importación de hilados de la Categoría 301 procedentes de Pakistán y teniendo en cuenta que, ese supuesto daño grave había servido de base para imponer la medida transitoria de salvaguardia comercial a Pakistán, sugería a Estados Unidos la eliminación de la misma con base en el párrafo 2 del artículo 6 del Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido ("ATV"). Dentro de los argumentos de la decisión el órgano de apelación consideró que:

“En consecuencia, la parte del perjuicio grave total atribuida a un Miembro exportador debe ser ***proporcional*** al perjuicio causado por las importaciones procedentes de ese Miembro (...) Respalda nuestra opinión las normas generales del derecho internacional sobre la responsabilidad de los Estados, que exigen que las contramedidas adoptadas en respuesta al incumplimiento por los Estados de sus obligaciones internacionales sean ***proporcionales*** al perjuicio sufrido. De forma análoga, observamos que el párrafo 4 del artículo 22 del ESD establece que el nivel de la suspensión de las concesiones será equivalente al de la anulación o menoscabo. Se ha interpretado sistemáticamente que esta disposición del ESD no justifica compensaciones de carácter punitivo. Ambos ejemplos aclaran las consecuencias del incumplimiento por los Estados de sus obligaciones internacionales, mientras que una medida de salvaguardia es solamente una medida correctiva de actos de "comercio leal" compatibles con la OMC"³⁰⁶ (subrayado y cursivas fuera del texto).

Más adelante, el OSD reconoció el principio de proporcionalidad, en el informe *Estados Unidos – Tubos al carbono*³⁰⁷. De hecho, el órgano de apelación revisó la decisión del grupo

304 Información técnica sobre salvaguardias. Temas comerciales. Información extraída el día 2 de noviembre de 2018 de la página https://www.wto.org/spanish/tratop_s/safeg_s/safeg_info_s.htm.

305 OMC. Informe del órgano de apelación del 8 de octubre de 2001, *op cit*.

306 Párrafos 119-120.

307 OMC. Informe del órgano de apelación del 15 de febrero de 2002, *op.cit*.

especial en relación con la licitud de la medida de salvaguardia definitiva impuesta por Estados Unidos contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea. El grupo especial concluyó que, Estados Unidos debía ajustar la medida de salvaguardia de conformidad con el *Acuerdo sobre Salvaguardias* y el GATT de 1994. Entre los argumentos, el órgano especial advirtió que:

“Hacemos referencia también a las normas del derecho internacional consuetudinario sobre la responsabilidad de los Estados, a las que también nos referimos en el asunto *Estados Unidos – Hilados de algodón*. Recordamos allí que las normas del derecho internacional general sobre la responsabilidad de los Estados exigen que las contramedidas que se tomen en respuesta al incumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados sean **proporcionadas** a tales incumplimientos. El artículo 51 del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos dispone que "Las contramedidas deben ser proporcionales al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y los derechos en cuestión.". Aunque el artículo 51 forma parte del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional, que como tal no constituye un instrumento jurídico vinculante, en esa disposición se establece un principio reconocido del derecho internacional consuetudinario. Observamos también que los Estados Unidos han reconocido este principio en otros lugares. En sus observaciones sobre el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional, los Estados Unidos declararon que, "conforme al derecho internacional consuetudinario, se aplica una norma de **proporcionalidad** a la adopción de contramedidas"³⁰⁸ (subrayado propio).

Podemos observar que, en ambas decisiones, no se hace un reconocimiento expreso del ‘principio de proporcionalidad’ sino que se hace alusión a la noción de proporcionalidad, en medio de los razonamientos del órgano de apelación. Sin embargo, se ha considerado como el ingreso del principio de proporcionalidad en esta materia del derecho de la OMC, toda vez que la mención del término viene acompañada de una justificación de su origen, es decir, la obligación de respeto del principio de proporcionalidad, desarrollado en materia de contramedidas internacionales, específicamente el artículo 51 del proyecto de artículos de la CDI, sobre la responsabilidad internacional de los Estados por el hecho ilícito, con lo cual, estaríamos ante un principio general proveniente de la costumbre del derecho internacional. De manera que, el principio de proporcionalidad aquí invocando fue extrapolado de esa área del derecho internacional e implementado a través de la costumbre internacional, reconociéndose de este modo, un principio general proveniente del derecho internacional público en la solución de diferencias de la OMC.

308 Párrafo 257.

En materia de arbitraje internacional de inversiones con el Estado, el principio de proporcionalidad también fue reconocido de manera expresa, con base en fundamentos distintos.

B. La aplicación en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado

En el arbitraje internacional de inversiones con el Estado, el derecho aplicable puede ser el derecho interno o bien, el derecho internacional, o ambos, en caso de lagunas. De manera que, en caso de aplicarse el principio de proporcionalidad, éste puede traer la forma y contenido desarrollados en el derecho interno del Estado anfitrión, o bien, puede ser el desarrollado en el derecho regional, o bien en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados.

En efecto, en el asunto *Tecmed c. México*³⁰⁹ se introduce de forma explícita el principio de proporcionalidad, con base en el desarrollo que ha tenido en el derecho europeo. En este caso, el tribunal de arbitraje, en el seno del CIADI, determinó que, la medida creada por el gobierno mexicano, consistente en la no renovación del permiso de operación para un vertedero de residuos, a la Empresa española Técnicas Medioambientales Tecmed S.A., constituía una medida de expropiación indirecta, es decir, que impedía al inversionista continuar desarrollando su inversión en territorio mexicano. En efecto, en medio de su análisis jurídico, el tribunal de arbitraje hizo la transposición del principio de proporcionalidad desarrollado por el TEDH, en las decisiones *James y otros Vs Reino Unido*; *Matos e Silva Ltda y otros Vs Portugal*; *Mellacher y otros Vs. Austria*; *Pressos Compañía Naviera y otros Vs Belgica*³¹⁰, y con base en ellas consideró que: “El acto o medida no debe imponer una carga o peso excesivo en el inversor extranjero, en relación con la finalidad perseguida por el acto reputado como expropiatorio”³¹¹. Luego, analizó las circunstancias del caso concreto³¹², concluyendo que, la decisión de no renovar el permiso de operación a la Empresa *Tecmed* no era necesaria para alcanzar el fin legítimo perseguido³¹³. De esta forma, se estaba frente a una medida de expropiación indirecta, a la luz de lo dispuesto por el Art. 5(1) del Acuerdo de

309 CIADI. Laudo del 29 de mayo de 2003, en el asunto *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, No. ARB (AF)/00/2. .

310 Párrafo 122.

311 *Ibid.*

312 Párrafo 123 a 146

313 Párrafo 147

protección de inversiones, firmado entre las partes³¹⁴ y, en consecuencia, ordenó el pago de una indemnización de perjuicios a favor de *Tecmed S.A.*³¹⁵. Luego de esta decisión, otros laudos arbitrales han hecho mención a la proporcionalidad, como parte del análisis de los estándares de expropiación indirecta- en adelante-EI, o bien en el estudio del estándar de tratamiento justo y equitativo, en adelante-TJE³¹⁶.

En el asunto *Occidental Petroleum c. Ecuador*³¹⁷, se renovó el reconocimiento expreso y detallado del principio de proporcionalidad, en este caso, el fundamento del principio fue el derecho del Estado anfitrión. De hecho, el tribunal dedicó una sección entera y 35 páginas de su análisis a la proporcionalidad de la sanción por la transferencia de derechos no autorizada en virtud del Contrato de Participación. En esta ocasión, el tribunal de arbitraje dedicó parte del razonamiento arbitral al análisis de proporcionalidad de la medida estatal bajo estudio. Con fundamento en la desproporción encontrada, el Tribunal ordenó el pago de una cuantiosa indemnización a favor del inversionista. En este caso, el Gobierno ecuatoriano había decidido declarar la caducidad o terminación unilateral de un contrato de participación suscrito con la empresa Occidental Petroleum para la exploración y explotación de hidrocarburos en la Amazonía ecuatoriana. Según el gobierno ecuatoriano, aduciendo que el inversionista había cedido derechos económicos a la empresa Alberta Energy Corporation, sin autorización del gobierno. El tribunal de arbitraje examinó si la caducidad fue una respuesta proporcional a la insuficiencia de los demandantes respecto de las autorizaciones gubernamentales, como parte del estándar de TJE³¹⁸. Al respecto, el Tribunal constató la existencia del principio de proporcionalidad en la legislación ecuatoriana e igualmente, “no tiene ninguna duda de que el principio de proporcionalidad es aplicable como cuestión de derecho internacional general y que ha sido aplicado en arbitrajes previos ante el CIADI, especialmente en el caso

314 Párrafo 151

315 Página 89.

316 En las decisiones que se citarán a continuación se hace referencia a la proporcionalidad o desproporción de la medida estatal, sin que haya sido el fundamento jurídico más importante en la decisión. Ver: CIADI. Laudo del 3 de octubre de 2006, en el asunto *LG&E Energy Corp. y otros c. República Argentina*, No. ARB/02/1, párrafos 177, y 189 al 195. CIADI. Laudo del 14 de julio de 2006, en el asunto *Azurix Corp. c. República Argentina*. No. ARB/01/12 párrafos 310 a 312. CIADI. Laudo del 27 de diciembre de 2010, en el asunto *Total S.A. v Argentine Republic*. No. ARB/04/1, Decisión sobre responsabilidad, párrafo 197. CIADI. Laudo del 31 de octubre de 2011, en el asunto: *El Paso Energy International Company v Argentine Republic*. No. ARB/03/15, párrafos 241 a 243. CIADI. Laudo del 30 de julio de 2010, en el asunto *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v Argentina, (InterAgua v Argentina)*. No. ARB/03/17, Decisión sobre responsabilidad, párrafos 147 a 148. Ver capítulos 3 y 4 *supra*.

317 CIADI. Laudo del 5 de octubre de 2012, en el asunto *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, No. ARB/06/11.

318 Párrafos 402 a 409

Tecmed”³¹⁹; y luego de estudiar las circunstancias del caso concreto, concluyó que: “el precio que debieron pagar las Demandantes – la pérdida total de una inversión que vale varios cientos de millones de dólares – fue desproporcionado respecto del hecho ilícito que se le imputa” al inversionista y de igual manera, “fue desproporcionado respecto de la importancia y la efectividad del ‘mensaje de disuasión’ que la Demandada puede haber deseado transmitir a toda la comunidad del petróleo y del gas”³²⁰.

De acuerdo con lo antes visto, el principio de proporcionalidad fue introducido en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado, gracias a la transposición del principio que provenía o bien del derecho consuetudinario, específicamente la jurisprudencia de las Altas Cortes Europeas, o bien, del derecho interno, en este caso de Ecuador³²¹. Así mismo, podemos observar que el contenido del principio, en estos casos, fue distinto al del principio de proporcionalidad aplicado en los informes del OSD, basado en el derecho de las contramedidas internacionales. De manera que, el principio de proporcionalidad tiene orígenes distintos en el derecho de la OMC y de las inversiones internacionales con el Estado.

Ahora bien, el reconocimiento del principio de proporcionalidad en las decisiones del OSD de la OMC y en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado fue considerado favorable para una parte de la doctrina. Por ejemplo, para HILF: “*the principle of proportionality should govern any process of interpretation and application of WTO law with a view to obtaining a due relation between the different interests at stake*”³²². Del mismo modo, para STONE SWEET, en el derecho internacional de las inversiones, el principio de proporcionalidad: “*offers to arbitrators the best available doctrinal framework with which to meet the present challenges to the BIT-ICSID system*”³²³. Sin embargo, después de aquellas decisiones, no encontramos un desarrollo expreso y detallado del principio de

319 Párrafo 127.

320 Párrafo 450.

321 De hecho, Ecuador interpuso recurso de anulación alegando que el principio de proporcionalidad no hacía parte del derecho internacional ni interno y que por tanto no debía ser el fundamento jurídico más importante del laudo arbitral. Sin embargo, el recurso de anulación fue rechazado puesto que, para el tribunal de anulación, el tribunal de primera instancia explicó “de manera convincente que el principio de proporcionalidad entre la intensidad y alcance de la actividad ilícita y la severidad de la sanción es un principio general de sanción y derecho de responsabilidad civil, tanto bajo el derecho ecuatoriano como bajo el derecho internacional”. Ver: CIADI. Decisión Sobre Anulación del Laudo, del 2 de noviembre de 2015, en el asunto: *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration And Production Company c. La República del Ecuador*. No. ARB/06/11, párrafo 350.

322 MEINHARD Hilf, « Power, Rules and Principles – Which orientation of WTO/GATT Law? », in *Journal of international economics law*, vol.4, n°1, 2001, p.130.

323 STONE SWEET Alec, “Investor-State Arbitration: Proportionality’s New Frontier”, in *Law and Ethics of Human Rights*, vol. 4, n°47, 2010, pp. 47-76, p. 76.

proporcionalidad similar. Tal como veremos a continuación, el reconocimiento actual de un ‘principio general’ de proporcionalidad presenta dificultades en la práctica decisonal reciente.

§ 2- La aplicación reciente del principio de proporcionalidad por los TAIE

En el derecho de la OMC, luego de las decisiones antes tratadas, el OSD no ha presentado informes recientes que apliquen de forma expresa y directa el principio de proporcionalidad. Lo anterior nos lleva a pensar que, en el derecho de la OMC el uso del ‘principio general’ de proporcionalidad no se ha consolidado aún, bien sea, como principio general ‘de’ derecho o bien, principio general ‘del’ derecho internacional.

En cambio, en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado, el estudio del ‘principio’ de proporcionalidad respecto de la medida estatal que vulnera derechos económicos ha sido objeto de tratamiento expreso por los TAIE, en los últimos cinco años. De hecho, los tribunales de arbitraje han dado respuesta a las solicitudes de las partes, respecto del análisis del ‘principio de proporcionalidad’, rechazando su estudio en el caso concreto (A). En otras ocasiones, han aplicado un test de proporcionalidad propio, con el fin de resolver las objeciones por falta de jurisdicción (B). Ambos casos aportan a la existencia actual de un ‘principio’ de proporcionalidad en vía de consolidación, en esta área del derecho internacional.

A. El rechazo expreso al análisis del principio de proporcionalidad

Las partes presentan el argumento de proporcionalidad como parte de su defensa, lo que juega a favor de la existencia latente de un principio, que podría ser objeto de reconocimiento decisonal futuro. Por el momento, los pronunciamientos recientes del OSD y de los TAIE dan cuenta del rechazo a un análisis del principio de proporcionalidad, puesto que consideran que no es necesario o no es pertinente, para el caso bajo estudio.

En la solución de diferencias de la OMC, lo encontramos en el asunto *Unión Europea-Carne Aves de corral*³²⁴. En este informe, el grupo especial analizó la supuesta vulneración de los numerales 1 y 2 del artículo XIII del AGCS de 1994. Para China, la Unión Europea vulneró el principio de proporcionalidad, con las medidas restrictivas al comercio adoptadas, en vulneración también de lo contemplado en el párrafo 1 del artículo I del AGCS de 1994³²⁵. El grupo especial rechazó el estudio del principio de proporcionalidad en estos términos:

“China afirma que la asignación de contingentes arancelarios al Brasil y a Tailandia es ‘desproporcionada’. Sin embargo, China no articula la base sobre la que hay que evaluar ese criterio de ‘desproporción’. (...) China no ha detallado su argumento más allá de su afirmación de que la asignación de los contingentes arancelarios es ‘desproporcionada’. No vemos que haya base alguna en el texto del párrafo 1 del artículo I para aplicar un criterio independiente de ‘desproporción’ para evaluar la compatibilidad con el GATT de la repartición de los contingentes arancelarios entre los países abastecedores. Además, interpretar que el párrafo 1 del artículo I contiene un criterio de ese tipo significaría que hay prescripciones diferentes y potencialmente contradictorias en el párrafo 1 del artículo I y el artículo XIII que rigen la repartición de contingentes arancelarios entre países abastecedores³²⁶”.

También, encontramos rechazo al estudio del principio de proporcionalidad en algunas decisiones recientes de los TAIIE, que señalaremos a continuación.

En primer lugar, en el asunto, *Vigotop limited c. Hungary*³²⁷, ante la solicitud del demandante de tener en cuenta la proporcionalidad en la interpretación de la cláusula de expropiación indirecta, el Tribunal de arbitraje consideró que, por no estar ante los mismos hechos del laudo *Occidental Petroleum*, no era necesario llevar a cabo un análisis de proporcionalidad, centrando su estudio en otros puntos de derecho, en estos términos:

“Finally, the Tribunal has also taken into consideration Claimant’s argument that the termination of the Concession Contract was a “disproportionate response” to the purported breaches. The Tribunal already noted above that it considers Claimant’s failure to secure a Project site within the time period provided for in the Concession Contract to be a material breach of the Concession Contract, which involved the very first step in realizing the Project. Thus, the Tribunal is of the view that this case is unlike the case of *Occidental Petroleum v. Ecuador*, cited by Claimant in this context, in which the investor’s contract was terminated af-

³²⁴Informe del grupo especial, del 28 de marzo de 2017, en el asunto: *Unión Europea - Medidas que afectan a concesiones arancelarias relativas a determinados productos de carne de aves de corral*. No. WT/DS492/R..

³²⁵ *Ibidem*. Párrafos 7307 a 7308.

³²⁶ Párrafo 7.448

³²⁷ CIADI, laudo del 1 de octubre de 2014, en el asunto *Vigotop Limited v. Hungary*. No. ARB/11/22.

*ter Occidental performed the Contract, or at least substantially performed it, spending hundreds of millions of dollars exploring for oil, drilling wells, producing oil, and marketing it. Because of the advance stage of contract performance, the Occidental Tribunal was required to determine if the termination was proportional to the breach. By contrast, since contract performance in this case involved only the first, threshold step for performance, which was never consummated, no proportionality analysis can or need be performed »*³²⁸.

En segundo lugar, en el asunto *Adel a Hamadi al Tamimi v Sultanate of oman*³²⁹, en donde el Tribunal consideró que la controversia que se deduce de los hechos constatados no hacen necesario el estudio de la proporcionalidad, dentro de la interpretación del estándar de TJE330.

En tercer lugar, en la decisión *Pezold v Zimbabwe*³³¹, en donde el tribunal ha considerado que sería mejor un estudio de la necesidad de la medida estatal, en estos términos:

*“The Tribunal is not persuaded by the Respondent’s argument that the doctrine of proportionality should be employed here to balance the competing interests of the State and the individual in the present case. Although proportionality has featured in some investment treaty cases, the context has generally been in relation to whether a termination (for example of licence or contract) by the State has been a proportionate response to an alleged breach of obligations by the investor. This is a rather different application of the doctrine of proportionality from that advocated by the Respondent in the present case, whereby proportionality is being used as a defence to what would otherwise be a violation of the BIT (i.e., expropriation without compensation). To suggest that the aggressive phase of the LRP was a proportional response to the situation in Zimbabwe at the time and, therefore, that any violation of the BIT should be excused would be a “necessity” argument (which is discussed below), not proportionality*³³²”.

Luego de citar la decisión *Tecmed*, consideró que: *“The situation in this case would not meet the Tecmed test*³³³ *(...). The Tribunal therefore dismisses the Respondent’s proportionality argument*³³⁴”.

³²⁸ Párrafo 631.

³²⁹ CIADI, laudo del 3 de noviembre de 2015, en el asunto *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*. No. ARB/11/33.

³³⁰ Párrafos 393 y 446.

³³¹ CIADI, laudo del 28 de julio de 2015, en el asunto: *Bernhard Friedrich arnd Rüdiger von Pezold y otros v. Republic of Zimbabwe*, No. ARB/10/15.

³³² Párrafo 460.

³³³ Párrafo 462.

³³⁴ Párrafo 463.

Finalmente, en la decisión *South American v Bolivia*³³⁵, el tribunal hace un rechazo expreso del estudio de la ‘proporcionalidad’ de la medida, en estos términos:

“El Tribunal nota que el artículo 5 del Tratado no hace referencia expresa a un requisito de proporcionalidad como elemento de licitud de la expropiación. Las Partes tampoco discuten si el estándar para que una expropiación se considere legal requiere que la medida expropiatoria sea proporcional y, por tanto, el Tribunal tampoco se pronunciará sobre el punto³³⁶”.

Sin embargo, en esta ocasión si decide pronunciarse respecto de si la decisión considerada expropiatoria es desproporcionada, así:

“En relación con la alegación de la Demandante de que la Reversión es desproporcionada, el Tribunal encuentra que los extremos de la relación para determinar la proporcionalidad de la medida son los que aparecen probados en el expediente. En primer lugar, como ya lo señaló el Tribunal en varias partes de este laudo, el problema de orden público no era un problema transitorio, ni un asunto generado por unos pocos mineros ilegales, ni una situación creada por unos pocos opositores al Proyecto o una estrategia de Bolivia para acceder al yacimiento, como lo alega la Demandante. Las pruebas sobre la situación en la zona son contundentes y distan mucho de ser problemas menores o temporales. En segundo lugar, como se analiza en la sección VIII del presente laudo, el Proyecto se encontraba en una etapa incipiente y los resultados del PEA 2011, en los que la Demandante fundamenta el tamaño del Proyecto y el perjuicio alegado, no demuestran una afectación a la inversión de la Demandante que vaya más allá de las sumas invertidas en el Proyecto³³⁷”.

Luego se adentra a analizar las otras medidas que, según el inversionista podrían haber solucionado el conflicto, concluyendo que: “Estando demostrado que el conflicto existió, así como la gravedad y las consecuencias del mismo, no puede el Tribunal concluir que la medida tomada por Bolivia sea innecesaria o desproporcionada y menos aún especular, sin prueba alguna, sobre otras medidas que se podrían haber tomado para resolver el conflicto³³⁸”.

De acuerdo con lo antes visto, la proporcionalidad puede tomar la forma de un ‘principio’ general de derecho, en los pronunciamientos activos de los TAIIE, respecto de la solicitud de análisis de la proporcionalidad. A diferencia de lo que ocurre en la solución de

³³⁵ Laudo de la CPA bajo las reglas CNUDMI, de fecha 22 de Noviembre de 2018, en el asunto: *South American Silver Limited (bermudas) vs. El Estado Plurinacional de Bolivia*, No. 2013-15.

³³⁶ Párrafo 570.

³³⁷ Párrafo 570.

³³⁸ Párrafo 577.

diferencias del OSD, el ‘principio’ de proporcionalidad tiene un espacio que se está abriendo en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado.

Sin embargo, a pesar de las solicitudes que hacen las partes para que se haga un análisis de proporcionalidad, son más frecuentes los casos en los que, los laudos de los TAIIIE y los informes del OSD, guardan silencio al respecto³³⁹.

B. La implementación de un test de proporcionalidad en la solución de objeciones sobre falta de jurisdicción

De forma excepcional, la proporcionalidad ha sido reconocida como un principio general aplicable al ámbito de las inversiones internacionales. En tres casos recientes, con similares circunstancias fáctico-jurídicas, los tribunales de arbitraje aplicaron de forma directa y autónoma el principio de proporcionalidad, en forma de test. Es decir que, la proporcionalidad fue el fundamento jurídico a través del cual se resolvieron las objeciones por falta de jurisdicción.

El primero de ellos, la decisión *Vladislav Kim v Uzbekistan*³⁴⁰. En este asunto, el demandante adujo que se estaba ante una falta de jurisdicción para que el tribunal de arbitraje asumiera el conocimiento de la causa, puesto que las inversiones internacionales del inversionista habían sido declaradas ilegales, a la luz del derecho de Uzbekistán, con lo cual, no cumplían con el artículo 12 del TBI suscrito por las partes³⁴¹. Según ese artículo, la protección de las inversiones estaba limitada al cumplimiento de las leyes de Uzbekistán. Así las cosas, las inversiones del demandante no estaban protegidas por el TBI y no había lugar a la continuación del procedimiento arbitral³⁴². Para resolver la objeción por jurisdicción, el tribunal decidió llevar a cabo un análisis de la legalidad de las inversiones internacionales, a la luz del derecho de Uzbekistán. El Tribunal comenzó reconociendo la necesidad de acudir a los principios, como fuente directa y autónoma para resolver el asunto:

³³⁹ Ver capítulo 2, *supra*.

³⁴⁰ CIADI. Decisión en Jurisdicción del 8 de marzo de 2017 en el asunto Vladislav Kim and others v. Republic of Uzbekistan, No. ARB/13/6.

³⁴¹ Tratado entre el gobierno de la República de Kazakhstan y el gobierno de la República de Uzbekistan para la promoción y recíproca protección de las inversiones, firmada el 2 de junio de 1997 y entrado en vigencia el 8 de septiembre del mismo año. Ver párrafo 1.

³⁴² Párrafos 16 a 19.

“Presented with the bare bones language of Article 12, the Tribunal finds that the proper interpretation requires the application of a principle. The use of principle-based reasoning rather than rule-based categorical divides is more appropriate when States themselves in drafting a treaty provide only objectives. Rule-like statements constructed by tribunals in such instances provide the comfort of certainty but do so without justification for either their under or over inclusiveness³⁴³”.

Luego, consideró que el principio de proporcionalidad resultaba adecuado para resolver la disputa:

“The focus on the principle of proportionality (rather than on rule-like statements) means that the proper test must be applied on a case-by-case basis taking into account all relevant factors. Many of those factors are the ones that have been set out by other tribunals in the form of rule-like statements. But the incorporation of them into reasoning on the basis of an application of a principle renders them factors rather than categorical divides. Principles require the tribunal to treat each case on its own facts. Of course, where treaties add detail to the legality requirement, then rule based categorical divides may become appropriate³⁴⁴”.

En virtud a que, la declaratoria de ilegalidad de las inversiones consistió en una sanción a la protección de las inversiones, el tribunal decidió que se debía analizar tanto la sanción del Estado anfitrión, como el comportamiento del inversionista que ameritó dicha medida, con base en el principio de proporcionalidad:

“(…) the Tribunal holds that the legality requirement in the BIT denies the protections of the BIT to claims when the investment involved was made in noncompliance with a law of Uzbekistan where together the act of noncompliance and the content of the legal obligation results in a compromise of a correspondingly significant interest of Uzbekistan. This test requires a case-by-case analysis examining both the seriousness of the investor’s conduct and the significance of the obligation not complied with so as to ensure that the harshness of the sanction of placing the investment outside of the protections of the BIT is a proportionate consequence for the violation examined. To hold that the Tribunal is to examine the applicability of the legality requirement on a case-by-case basis does not mean that it is done without guidance. The proportionality principle guides the Tribunal’s consideration and indicates that the combination of the investor’s conduct and the law involved must result in a compromise of a significant interest of the Host State³⁴⁵”.

Tal como veremos más adelante, el análisis del principio de proporcionalidad implicó un control amplio de la medida estatal, basado en un test creado por el tribunal para estudiar el caso concreto.

³⁴³ Párrafo 399.

³⁴⁴ Párrafo 400

³⁴⁵ Párrafo 404.

En el asunto *Alvarez v Panamá*³⁴⁶, el Tribunal también analizó la declaratoria de ilegalidad de la inversión, con la consecuente desprotección de la misma, de cara a lo contemplado en el TBI suscrito entre las partes. De hecho, hizo mención a los planteamientos de la decisión *Vladislav Kim*³⁴⁷, y aplicó directamente el principio de proporcionalidad con base en el siguiente razonamiento:

“La pérdida de la protección jurídica ius-internacional es un castigo severo, que además no permite modulación. Una sanción de este tipo sólo debe imponerse si la infracción cometida por el inversor extranjero es trascendente. Cuando la infracción sea nimia, el Estado podrá aplicar las sanciones previstas en su ley nacional, pero resultaría desproporcionado privar al inversor de protección ius internacional” . (...). “La exigencia de proporcionalidad entre infracción y pena es un principio de fácil enunciación y de difícil aplicación: ¿cómo discernir entre infracciones graves, merecedoras de sanción, e infracciones leves que escapan de ella?”³⁴⁸

Finalmente, en la decisión *Cortec v Kenia*³⁴⁹, “*the Tribunal endorses the application of the Kim principle of proportionality to an assessment of the impact of alleged illegalities*”³⁵⁰. En concreto, tuvo en cuenta los siguientes apartes de la *Vladislav Kim*, en relación con el principio de proporcionalidad:

“*In the Tribunal’s view, the interpretive task is guided by the principle of proportionality. The Tribunal must balance the object of promoting economic relations by providing a stable investment framework with the harsh consequence of denying the application of the BIT in total when the investment is not made in compliance with legislation. The denial of the protections of the BIT is a harsh consequence that is a proportional response only when its application is triggered by noncompliance with a law that results in a compromise of a correspondingly significant interest of the Host State*”³⁵¹.

En otro caso distinto, la proporcionalidad y la razonabilidad hicieron parte del enjuiciamiento sobre el TJE dado al inversionista. Se trata de la decisión *RREEF y otro v Spain*³⁵², en donde: “*The Arbitral Tribunal considers that the proportionality requirement is fulfilled in as much as the modifications are not random, unnecessary or arbitrary, that is,*

³⁴⁶ CIADI, laudo del 12 de octubre de 2018, en el asunto *Alvarez y Marín Corporación S.A., y otros v. República de Panamá*, No. ARB/15/14.

³⁴⁷ párrafo 153.

³⁴⁸ Párrafo 154.

³⁴⁹ CIADI, laudo del 22 de octubre de 2018, en el asunto *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (pty) Limited and Stirling Capital Limited vs Republic of Kenya*, No. ARB/15/29

³⁵⁰ Párrafo 320.

³⁵¹ Párrafo 343.

³⁵² CIADI. Laudo del 30 de Noviembre de 2018, en el asunto *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v Kingdom of Spain*. No. ARB/13/30.

provided that they do not significantly modify the legal framework applicable to the investors”³⁵³.

En esta decisión, el tribunal consideró que el contenido de la proporcionalidad se asimilaba a un juicio de ponderación, en estos términos:

*« Proportionality for its part is a weighing mechanism that seeks a fair balance between competing interests and/or principles affected by the regulation, taking into account all relevant circumstances. The regulation must be closely adjusted to the attainment of its legitimate objective, interfering as little as possible with the effective exercise of the affected rights »*³⁵⁴.

Si bien la proporcionalidad no juega aquí el mismo rol que en las tres decisiones antes expuestas, es decir que, no se aplicó como una fuente autónoma y fundamento directo de la decisión, el tribunal reconoció a la proporcionalidad y razonabilidad como principios jurídicos, que deben ser analizados en relación con el daño causado a los derechos del inversionista internacional “ *In other words, the determination of a violation of the principles of proportionality and reasonableness is inseparable from an assessment of the damages – if any – endured by the Claimants as a consequence of the measures taken by the Respondent* ”³⁵⁵.

Llama la atención que, en varias decisiones, los tribunales hayan implementado una forma de test de proporcionalidad para resolver un tema procedimental, en este caso, la objeción por falta de jurisdicción. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el derecho objeto de análisis no es sustancial, sino que se trata del derecho a acudir a la jurisdicción internacional, en este caso, el centro de arbitraje de inversiones con el Estado, de manera que, el uso del test de proporcionalidad aquí señalado no alcanza el mismo nivel de importancia que si se tratara del uso del mismo para el control de la medida estatal. A pesar de ello, los TAIIE parecen estar más dispuestos a la aplicación expresa del ‘principio’ de proporcionalidad que el OSD de la OMC.

De acuerdo con lo anterior, en el derecho de las inversiones internacionales con el Estado, encontramos que el principio de proporcionalidad es objeto de análisis expreso y

³⁵³ Párrafo 460.

³⁵⁴ Párrafo 465.

³⁵⁵ Párrafo 472.

directo, aunque de forma residual, teniendo en cuenta la cantidad de laudos arbitrales que se profieren por año, en el seno de cada centro internacional de arbitraje.

Conclusiones del capítulo

Los principios jurídicos permiten la solución de conflictos, en caso de lagunas jurídicas. Sin embargo, esta fuente jurídica ha sido objeto de debates doctrinales, en el derecho público. En el derecho internacional público, han sido reconocidos y desarrollados diferentes principios generales, sin embargo, ni la jurisprudencia ni la doctrina tienen certeza sobre la metodología apropiada para calificar los principios jurídicos. De hecho, si bien parte de la doctrina ha distinguido los principios generales ‘de’ derecho de los principios generales ‘del’ derecho internacional, no se cuenta con la suficiente claridad práctica al respecto. Para CARREAU, « *les juges et arbitres internationaux se contentent, le plus souvent, d’affirmer ou de refuser l’existence d’un principe général de droit sans s’efforcer de justifier leur démarche intellectuelle*³⁵⁶ ».

Respecto del principio de proporcionalidad, es innegable su expansión generalizada en el derecho público interno, tanto en el sistema jurídico de derecho continental, como en el *common law*, a través del test de razonabilidad. Su reconocimiento se hace, bien sea como un principio general del derecho, incluido en las normas constitucionales o legales, o bien, como un estándar de control, reconocido por los jueces constitucionales y/o administrativos, que lo aplican a sus casos difíciles para el análisis de las medidas estatales. En el derecho internacional público, se reconoce la proporcionalidad como un principio que se aplica en diferentes contextos jurídicos. La variedad de campos de aplicación de la proporcionalidad, bien sea como un principio proveniente del derecho interno, o bien, como un principio proveniente de la costumbre del derecho internacional, nos proporciona luces respecto de su carácter ‘general’ y por tanto su valor para el derecho público. En efecto, encontramos el reconocimiento del principio de proporcionalidad en diferentes ámbitos del derecho internacional, tales como, el derecho de la función pública internacional; el derecho internacional marítimo; el derecho internacional humanitario y en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados.

En el derecho internacional económico, el desarrollo del principio de proporcionalidad en el derecho regional europeo y en el derecho de las contramedidas internacionales ha inspirado a los órganos jurisdiccionales al reconocimiento expreso de un ‘principio’ jurídico.

³⁵⁶ CARREAU Dominique & MARRELLA Fabrizio, *op.cit.*, p. 336.

Sin embargo, además de los anteriores fundamentos, los TAIIE también pueden acudir al derecho interno del Estado anfitrión en la disputa, en el reconocimiento del principio de proporcionalidad que se aplicará en la solución de la diferencia.

Las anteriores no son las únicas manifestaciones expresas del ‘principio’ de proporcionalidad en el derecho internacional económico. En recientes decisiones, encontramos, además, en el campo del arbitraje internacional de inversiones con el Estado que, por una parte, los tribunales han rechazado el análisis del principio de proporcionalidad alegado por alguna de las partes en la disputa. Por otra parte, de manera original, se ha implementado un test de proporcionalidad a partir del cual, los árbitros han estudiado la procedencia, o no, de la objeción por falta de jurisdicción, para conocer del litigio concreto.

No obstante, son varias las dudas que quedan sin resolver. El reconocimiento de la proporcionalidad como ‘principio general’ en el derecho internacional económico es bastante cuestionable. Por una parte, no se cuenta con un uso frecuente y generalizado del principio de proporcionalidad, en la amplia gama de informes del OSD de la OMC ni en los laudos de arbitraje internacional de inversiones con el Estado, tal como ocurre con el derecho interno e incluso con el derecho internacional. Por otra parte, en las contadas decisiones en las que se ha aplicado el ‘principio’ de proporcionalidad se hace uso de diferentes fundamentos u orígenes. Bien sea el derecho público interno, o bien el derecho internacional, o bien la creación propia de un test de proporcionalidad. De manera que, no puede afirmarse con firmeza que estamos ante un principio general cuyo origen, es exclusivamente, el derecho internacional. Tampoco podemos afirmar que estamos ante un principio general de derecho-PGD-, a la luz del artículo 38, párrafo 1, literal c) de estatuto del TIJ. Esta situación no es exclusiva de las decisiones jurisdiccionales en materia económica. De hecho, *«les juridictions internationales ont pris l’habitude, quands elles appliquent un PGD de ne pas préciser qu’il est de ceux qui sont prévus par l’article 38 du Statut de la CIJ»*³⁵⁷. Tampoco podemos afirmar que su origen es, exclusivamente, el derecho internacional público.

Así las cosas, si bien puede calificarse a la proporcionalidad de ‘principio’ jurídico expresamente reconocido en la solución de diferencias de la OMC y de las inversiones internacionales con el Estado, el estatus de ‘general’ es aún deficiente y la calificación de

³⁵⁷ DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias & PELLET Alain, *op.cit.*, p. 385.

principio general ‘de’ derecho o ‘del’ derecho internacional encuentra límites, en la práctica decisional reciente.

Capítulo 2. Los límites en la consolidación de una fuente jurídica autónoma

Tal como hemos visto, el principio de proporcionalidad ha sido objeto de un escaso reconocimiento expreso, en la solución de diferencias de la OMC, así como en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado³⁵⁸. Según reciente informe de la CDI: “los miembros estuvieron de acuerdo, en general, en que el elemento del ‘reconocimiento’ era esencial para la identificación de los principios generales del derecho y respaldaron la sugerencia del Relator Especial de estudiar más a fondo ese requisito específico en un futuro informe³⁵⁹”. Además de la identificación de los principios jurídicos, el uso frecuente y generalizado del principio de proporcionalidad permitiría su consolidación, como una de las fuentes del derecho internacional económico.

Más allá de si la proporcionalidad es un principio general ‘de’ derecho, o ‘del’ derecho internacional, el uso actual de la proporcionalidad presenta varias deficiencias, en el derecho internacional económico. De hecho, a nivel convencional, los Acuerdos Marco de la OMC no establecen la obligación de respeto de un principio de proporcionalidad. Tampoco encontramos una referencia expresa al principio de proporcionalidad en los TBI’s, cuya revisión ha sido objeto de laudos arbitrales recientes.

Ahora bien, en algunos tratados internacionales económicos, proferidos durante los últimos cinco años, encontramos referencias al ‘principio’ de proporcionalidad, especialmente en aquellos suscritos con la Unión Europea. Por ejemplo, en el Acuerdo de Asociación económica, entre la UE y Georgia, firmado en 2014, se hace referencia al ‘principio de proporcionalidad’, como una de las obligaciones a respetar, de cara a una situación de emergencia, que pueda presentarse en el suministro de gas o energía eléctrica. Según el numeral 9, del Anexo XVIII: “*The consultations, common evaluations and proposed recommendations shall be based on the principles of transparency, non-discrimination and proportionality*”³⁶⁰. Así mismo, la proporcionalidad es un principio que hace parte de los “*Basic standards regulating the award of contracts*”. Según el artículo 144:

“1. No later than three years from the entry into force of this Agreement, the Parties shall comply with a set of basic standards for the award of all contracts as stipulated in paragraphs 2 to 15 of this Article. These basic standards derive directly from the rules and princi-

³⁵⁸ Cfr. Capítulo 1, *supra*.

³⁵⁹ Los miembros dejaron claro que no era lo mismo el término “reconocimiento” del término “aceptación como derecho”, éste último es relevante en el contexto del derecho internacional consuetudinario o costumbre del derecho internacional. Ver párrafo 241.

³⁶⁰ Acuerdo de Asociación económica la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, suscrito el 27 de junio de 2014. Entró en vigencia el 1 de julio de 2016. Ver página L-261/554.

*ples of public procurement, as regulated in the Union public procurement acquis, including the principles of non-discrimination, equal treatment, transparency and proportionality*³⁶¹”.

La anterior disposición la encontramos replicada en los Acuerdos de Asociación económica suscritos por la UE en 2014, con Moldavia³⁶² y Ucrania³⁶³. Del mismo modo, en materia de medidas sanitarias y fitosanitarias, algunos de los Acuerdos suscritos con la Unión Europea, incluyen la obligación de respetar el ‘principio de proporcionalidad’. Es el caso del Acuerdo de Asociación y Cooperación con Kazakstán (2015)³⁶⁴, que en su artículo 32, establece que: “*The Parties shall ensure that SPS measures are developed and applied on the basis of the principles of proportionality, transparency, non-discrimination and scientific justification*³⁶⁵”.

No obstante, en virtud del número de tratados económicos internacionales, firmados durante los últimos cinco años³⁶⁶, las referencias textuales al ‘principio’ de proporcionalidad siguen siendo escasas.

Además del escaso reconocimiento actual a nivel convencional, el reconocimiento del ‘principio’ de proporcionalidad, encuentra otros límites, en el derecho internacional económico. Por una parte, la doctrina ha presentado a su aplicación, en el derecho de la OMC y de las inversiones internacionales con el Estado. Igualmente, los órganos jurisdiccionales, en varias ocasiones, han guardado silencio, respecto del análisis del principio de proporcionalidad, solicitado por alguna de las partes en el procedimiento jurisdiccional, menguando, de esta manera, su reconocimiento y comprensión del actual (Sección 1). Por otra parte, observamos que, en los casos en los que la proporcionalidad ha sido aplicada, de forma explícita, no estamos ante una fuente jurídica autónoma, usada de forma directa, sino ante un estándar jurídico incluido en la práctica decisonal y las reglas convencionales recientes (Sección 2).

³⁶¹ *Ibid.* Página L-261/64.

³⁶² Acuerdo de Asociación Económica entre la Unión Europea, la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y por la otra, la República de Moldavia, suscrito el 27 de junio de 2014. Entró en vigencia el 1 de julio de 2016. Artículo 151, página L-161/72.

³⁶³ Acuerdo de Asociación Económica entre la Unión Europea, la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y por la otra, la República de Ucrania, suscrito el 27 de junio de 2014. Entró en vigencia el 1 de julio de 2016. Artículo 24, página L-161/1757.

³⁶⁴ Acuerdo de Colaboración y Cooperación Reforzadas entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y por la otra, la República de Kazajistán, suscrito el 21 de diciembre de 2015.

³⁶⁵ Artículo 32, página L-29/16. Ver también, el artículo 135, página AM/EU/en 103, del Acuerdo de Colaboración y de Cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros, por una parte, y por la otra, la República de Armenia.

³⁶⁶ Mas de 300 Acuerdos y tratados con disposiciones tanto en materia de comercio como de inversiones internacionales con el Estado. Cifras disponibles en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>

Sección 1. Las reticencias en la aplicación del principio de proporcionalidad

Desde su surgimiento en el derecho público interno, la proporcionalidad, *stricto sensu* o ponderación, ha sido objeto de críticas doctrinales. « *Retenons que le spectre du gouvernement des juges est souvent associé à la proportionnalité, car elle permet au juge d'assouplir, voire de suppléer à la rigueur du droit écrit*³⁶⁷ ».

La primera serie de objeciones se relacionan con la inconmensurabilidad de la ponderación. Es decir que, los principios o intereses que entran en conflicto y que son objeto de ponderación no cuentan con una unidad de medida³⁶⁸ ni una organización jerárquica que permita determinar el peso que les corresponde en cada caso³⁶⁹. Para algunos, el principio de proporcionalidad *stricto sensu* es una fórmula retórica que carece de un concepto claro y una estructura jurídica precisa³⁷⁰. Según GARCÍA AMADO, cada vez que el juez hace una ponderación “construye la balanza con la cual pesa los principios en conflicto”³⁷¹.

En segundo lugar, las críticas se concentran en la racionalidad de la ponderación. Para BARAK, el ejercicio de balance entre derechos o intereses en conflicto resulta de la intuición e improvisación judiciales³⁷². Se considera que el principio no cuenta con criterios jurídicos que aseguren la objetividad de la ponderación y que sean vinculantes para el juez³⁷³, según

³⁶⁷ GUILMAIN Antoine, « Sur les traces du principe de proportionnalité: une esquisse généalogique », in McGill Law Journal - Revue de droit de McGill, vol. 61, n°1, 2015, pp. 87-137, p. 100.

³⁶⁸ HABERMAS Jürgen, “Anhang zu Faktizität und Geltung. Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School”, in HABERMAS Jürgen. *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1996, 404 p., p. 369.

³⁶⁹ RAZ Joseph, “Incommensurability and Agency”, in RAZ Joseph, *Engaging Reason*, Oxford University Press, Oxford, 2001, 344 p., p. 46. Ver también: TRIBE Lawrence, “Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency”, in Harvard Law Review, vol. 98, n° 3, 1985, pp. 592-621, p. 595; HENKIN Louis, “Infallibility under Law: Constitutional Balancing”, in Columbia Law Review, vol. 78, no. 5, 1978, pp. 1022-1049, p. 1048; ALEINIKOFF, Thomas Alexander “Constitutional Law in the Age of Balancing”, in Yale Law Journal, vol. 96, no. 5, 1987, pp. 943-1005, p. 973.

³⁷⁰ Ver, entre otros: LEISNER Walter, *Der Abwägungsstaat*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, 251 p., p. 171.

³⁷¹ GARCÍA AMADO Juan A. “¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, in *Archivo de Filosofía del Derecho*, tomos XIII -XIV, 1996- 1997, pp. 65-85, p. 71.

³⁷² BARAK Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, New York, Cambridge University Press, 2012, 638 p., p. 485.

³⁷³ VÖCKENFÖRDE Ernst W., “Grund rechte als Grundsatznormen”, in ERNST W. Vöckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt, Königshausen & Neumann, 1991, 443 p., pp. 184 y ss.; MAUS Ingeborg, “Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts”, in *Rechtstheorie*, vol. 20, 1989, pp. 191 a 210, p. 197 y ss.; GREENWALT Kent, “Objectivity in Legal Reasoning”, in GREENWALT, Kent (Ed.) *Law and Objectivity*, Oxford y Nueva York, Oxford University Press, 1992, 300 p., p. 205.

esta línea de pensamiento, el principio de proporcionalidad contiene una estructura formal y vacía basada en las apreciaciones personales del juez tales como la convicción política o ideológica, su propia moral o incluso apreciaciones empíricas que le dan contenido al juicio proporcional³⁷⁴.

En tercer lugar, la imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación. De hecho, cada vez que se aplica la proporcionalidad *stricto sensu* se llega a un resultado distinto³⁷⁵. De esta forma, para algunos, las decisiones judiciales no generan seguridad ni coherencia³⁷⁶, toda vez que el juez cuenta con una amplia discreción judicial cada vez que realiza un control de proporcionalidad³⁷⁷. Finalmente, la aplicación de la ponderación no representa más que un juicio arbitrario y salomónico³⁷⁸.

En cuarto lugar, la falta de legitimidad del juez al realizar el juicio de ponderación o proporcionalidad *stricto sensu*. Los detractores de la proporcionalidad consideran que el principio provee al juez de una amplia discreción judicial que contraría la separación de poderes. Esta crítica ha sido replicada en el derecho público francés, donde el principio de proporcionalidad fue admitido siempre que con él no se hiciera un control de oportunidad de la medida, función propia del poder ejecutivo³⁷⁹. Del mismo modo, en el sistema jurídico del *common law*, el uso del principio de proporcionalidad ha sido tradicionalmente criticado. Para FRIED, si los jueces constitucionales o administrativos hacen uso del “*balancing*” para establecer la prevalencia de un interés sobre otro, los jueces restringen e incluso usurpan las competencias atribuidas por la Constitución a otros poderes³⁸⁰. Para HICKMAN, “*The proportionality test is*

³⁷⁴ BETTERMAN Karl A., “Die allgemaine Gesetze als Schranken der Pressefreiheit”, in *Juristenzeitung*, Tübinga, 1964, pp. 601 y ss.

³⁷⁵ MORESO José J., “Conflictos entre principios constitucionales”, in CARBONELL Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 99 a 122, p. 100.

³⁷⁶ BARAK, *loc.cit.*, p. 490.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 487.

³⁷⁸ HABERMAS Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático del derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta Editorial, sexta edición, España, 2010, 696 p., p. 499.

³⁷⁹ Según la tradición administrativista, en Francia se habla de oportunidad « *pour indiquer le critère selon lequel l'administrateur se décide quand il agit en vertu de son pouvoir discrétionnaire* ». PANCHAUD André. “La décision administrative, Étude comparative”, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 14, n°4, Octubre-décembre 1962, pp. 667-697, p. 685. Una de los miedos tradicionales al principio de proporcionalidad en el litigio administrativo y constitucional en Francia consistía en que con el juicio de proporcionalidad el juez podía controlar la oportunidad con la que la administración tomó la decisión, lo que significaría una suplantación de la función de administración pública por parte del juez y entonces un eventual gobierno de jueces. Al respecto ver : KALFLÈCHE Grégory, « Le contrôle de proportionnalité devant le juge administratif », in *Les Petites Affiches*, n° 46 spécial, 5 mars 2009, pp. 46-53, p. 46.

³⁸⁰ FRIED Charles, “Two Concepts of Interests: Some Reflections on the Supreme Court's Balancing Test”, in *Harvard Law Review*, vol. 76, n° 4, 1963, pp. 755-778, p. 766.

*not only a more intrusive test but it also imposes a burden on the public authority to justify its conduct, whereas under traditional judicial review the burden is on the claimant to demonstrate that the decision was unfair or unreasonable, reflecting a presumption that public officials exercise their powers bona fide and reasonably*³⁸¹”.

En el derecho internacional económico, también encontramos una serie de objeciones al uso expreso y directo del principio de proporcionalidad. Por una parte, respecto del control de las medidas comerciales de un Estado frente a otro Estado. Por otra parte, en relación con el análisis de las medidas estatales de cara a los intereses de los inversionistas internacionales (§1). Así mismo, en medio de las disputas internacionales, las partes han solicitado el análisis del principio de proporcionalidad, como parte de los instrumentos jurídicos que consideran deben ser tenidos en cuenta en el control de las medidas estatales. Sin embargo, la reacción tanto del OSD de la OMC, como de los TAIIE ha sido de dos tipos. Por una parte, han rechazado el análisis del principio de proporcionalidad en el caso bajo estudio, por considerarlo innecesario o impertinente. Por otra parte, han guardado silencio ante la solicitud de análisis del principio de proporcionalidad. Si bien es cierto, ambas reacciones son legítimas y jurídicas, contribuyen a la deficiencia actual del principio de proporcionalidad en estas áreas del derecho internacional (§2).

§ 1- La desconfianza expresada por la doctrina

En el derecho internacional público, el principio de proporcionalidad también ha sido objeto de críticas³⁸², específicamente respecto de sus características específicas³⁸³. En el derecho internacional económico, las críticas doctrinales a la aplicación del principio de proporcionalidad, se han hecho presentes, tanto en el derecho de la OMC (A), como en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado (B).

³⁸¹ HICKMAN Tom, “Problems for Proportionality”, in New Zealand Law Review, vol. 2010, n° 2, 2010, pp. 303-326 p., p. 314

³⁸² ALLAND Denis, Justice privée et ordre juridique international. Etude théorique des contre-mesures en droit international public, Paris, Pedone, 2014, 503 p., p. 303.

³⁸³ NEWTON Michael & MAY Larry, Proportionality in international law, New York, Oxford University Press, 2014, 352 p, p. 40. Ver también: HARBO Tor-Inge, The function of proportionality analysis in European Law, Boston, Brill Nijhoff, vol. 8, 2015, 331 p., p. 275

A. En el derecho de la OMC

La primera réplica al uso de la proporcionalidad, en la solución de disputas de la OMC, consiste en la inexistencia de una regla que contenga este principio. Es decir que, en los Acuerdos Marco no se estableció el principio de proporcionalidad y por tanto el OSD no está obligado a utilizarlo en la solución de diferencias. *“In order for such a principle to apply in the WTO, one should expect Members to negotiate a rule, rather than wait for such a principle to emerge from dispute settlement cases in the WTO”³⁸⁴*.

La segunda objeción se refiere a la falta de autorización que tiene el OSD para llevar a cabo una ponderación de intereses, o el uso de la proporcionalidad *stricto sensu*. La capacidad decisonal del OSD está limitada a lo contemplado en el párrafo 2 del artículo 3, según el cual: “Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden aumentar o disminuir los derechos y obligaciones establecidas en los acuerdos abarcados³⁸⁵”. Del mismo modo, el párrafo 2 del artículo 19 del ESD establece que “en sus conclusiones y sus recomendaciones, el grupo especial y el Órgano de Apelación no pueden aumentar ni disminuir los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados³⁸⁶”.

Lo anterior ha sido interpretado por algunos como un límite impuesto al OSD para llevar a cabo la ponderación de intereses. Es decir que, el OSD no está expresamente habilitado para tener en cuenta los deberes adquiridos por los Estados Miembros, por fuera de los Acuerdos de la OMC. Por ejemplo, una ponderación entre los Acuerdos de la OMC y los derechos humanos o el medio ambiente. De hacerlo así, es posible que el OSD aumente o disminuya los derechos y obligaciones de los Estados Miembros con la OMC³⁸⁷. Es más, se busca evitar todo tipo de activismo judicial. *“Article 3.2 and Article 19.2 of the DSU explicitly prohibit judicial activism that adds or diminishes the rights and obligations provided in the covered agreements”³⁸⁸*.

³⁸⁴ DESMEDT Alex, « Proportionality in WTO Law », in *Journal of International Economic Law*, vol. 4, n°3, 2001, pp. 441-480, p. 480.

³⁸⁵ ESD, artículo 3.

³⁸⁶ *Ibid.*, artículo 19.

³⁸⁷ MARCEAU Gabrielle, “Le règlement des différends à l’OMC et les droits de l’homme”, in *EJIL*, vol. 13, n° 4, 2002, pp. 1-65, p. 38.

³⁸⁸ DESMEDT Alex, *op.cit.* nota 85, p. 480.

La tercera crítica se refiere a la intervención en la soberanía de los Estados o libertad para escoger su propio nivel de protección. En efecto, para algunos, con el uso del principio de proporcionalidad se amplían las facultades del OSD y se interviene en el poder de regulación de los Estados Miembros³⁸⁹. “*The cost-benefit balancing is incompatible with the principle that Members get to choose their own level of protection*”³⁹⁰. Según VAN DEN BOSSCHE:

“*it is not for panels and the Appellate Body to assess whether or not the societal value or interest pursued by a WTO Member through a trade restrictive measure outweighs the burden that the measure imposes on free trade. It is obvious that such balancing between competing values and interests can significantly intervene in sovereign policy choices and national regulatory autonomy*”³⁹¹.

Finalmente, se advierte la incertidumbre que genera para los Estados Miembros, la inexistencia de lineamientos previos en relación con la aplicación de la proporcionalidad. Para REID: « *The fluid nature of the yardsticks of the proportionality principle means the boundaries of the principle cannot be known in advance of measures to be undertaken (...). So, governments cannot always predict the legality of their actions against the elements of proportionality*”³⁹²».

Las objeciones doctrinales al uso de la proporcionalidad, en el derecho de la OMC, nos muestran los problemas de reconocimiento de este principio como parte de la regulación del comercio internacional entre los Estados. Así mismo, el OSD presentó sus objeciones al uso del principio de proporcionalidad en el informe *Estados Unidos- Etiquetado EPO*³⁹³. De hecho, Colombia, actuando como tercero interviniente, propuso que se aplicara el principio de proporcionalidad como “mecanismo de compensación que contribuye a resolver conflictos

³⁸⁹ MARCEAU Gabrielle & TRACHTMAN Joel, “The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade: A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods”, in *Journal of World Trade*, No. 36, 811-851, 2002.

³⁹⁰ REGAN, Donald H. “The meaning of ‘necessary’ in GATT Article XX and GATS Article XIV : the myth of cost-benefit balancing”, in *World Trade Review*, 2007, vol. 6, no. 3, pp. 347-369, p. 366.

³⁹¹ VAN DEN BOSSCHE, Peter. “Looking for Proportionality in WTO Law Issues of Economic Integration” in *Kluwer Law International*. 2008. Vol. 35, no. 3, pp. 283-294, p. 284.

³⁹² REID Emily, *Balancing Human Rights Environmental Protection and International Trade. Lessons from the EU Experience*, Oxford, Hart Publishing « Studies in International Trade Law », 2015, 364 p., p. 532 a 533.

³⁹³ Informes del grupo especial, *addendum*, del 20 de octubre de 2014, en el Recurso de Canadá y México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, asunto: “Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO) recurso del Canadá y de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD”, WT/DS384/RW/Add.1, WT/DS386/RW/Add.1.

entre diferentes normas, principios y valores”³⁹⁴. Ante esto, el grupo especial expresó su rechazo de manera detallada, en estos términos:

“No corresponde a los órganos resolutorios de la OMC clasificar en términos generales y abstractos la importancia de objetivos normativos legítimos, que pueden superponerse y que pocas veces son comparables. En la normativa de la OMC, el establecimiento del nivel adecuado de protección está estrictamente reservado al Miembro regulador. Los diferentes Miembros de la OMC tienen diferentes valores, que a veces se contraponen entre sí. Intentar armonizarlos o clasificarlos no es una tarea que corresponda al juez; y no es una facultad que se haya conferido a los órganos resolutorios de la OMC. La competencia en materia normativa fomenta la eficiencia y hace una contribución positiva a los objetivos de la OMC. La autonomía normativa es un pilar de la OMC en la misma medida que el trato NMF y el trato nacional. La OMC no tiene ningún mandato para aplicar un criterio de la proporcionalidad puro. Si una determinada medida se somete a las disciplinas del Acuerdo OTC y no se constata ninguna infracción, pero un juez de la OMC simplemente llega a un punto en el cual lo que al juez le parece una restricción muy importante del comercio se justifica por lo que, en opinión de ese juez, es un motivo de poca importancia, el juez de la OMC debe aplicar la diferencia respecto de la medida nacional. No corresponde a los jueces de la OMC valorar los objetivos legítimos: eso está reservado a los Miembros de la OMC³⁹⁵”.

De acuerdo con lo anterior, el OSD está de acuerdo con varias de las objeciones presentadas por la doctrina, respecto de la aplicación del principio de proporcionalidad, en su versión *stricto sensu* o ponderación. Entonces, no podría considerarse como fuente jurídica autónoma para la solución de diferencias de la OMC.

Así mismo, encontramos reticencias a la aplicación del principio de proporcionalidad, en relación con las decisiones de los TAIIE.

B. En el derecho internacional de inversiones con el Estado

Una parte de la doctrina ha criticado el uso de la proporcionalidad en el derecho internacional de inversiones por varias razones, algunas de ellas similares a las que ya se conocen en el derecho público interno. En efecto, tal como ocurre con otras áreas del derecho, una de las críticas, en torno al uso del principio de proporcionalidad, se concentran en la falta de lineamientos, respecto de la escala de valores y los pesos que tendrán los intereses en conflicto, al momento de hacer la ponderación. Para CALAMITA:

³⁹⁴ Párrafo 6.

³⁹⁵ Párrafo 16.

« Proportionality is a scale without weights. That is, even if we assume that a principled balance is possible, we do not (and cannot) know how the balance required by the principle of proportionality will be struck until we know what interests we intend to recognize and balance on the scales, what weight they are to be given, and to whom we intend to entrust that balancing (...). Absent such criteria for determining what goes on the scales and what does not, we are beset with indeterminacy, subjectivity and an absence of consensual validation. Proportionality simply provides no answers to these concerns and, indeed, may actually obfuscate the importance of the political process of contesting and establishing constitutional values³⁹⁶».

De hecho, se considera que el uso de este principio puede ser un mecanismo ideal para el balance judicial, pero sólo dentro de un marco constitucional³⁹⁷. Otro de los cuestionamientos en torno a los pesos que deben asignarse en el análisis de proporcionalidad, consiste en determinar el valor de los derechos o intereses no económicos, tales como la salud o el medio ambiente. Para DAGBANJA:

« The problem centers on how to weigh or place value on the competing interests. In some cases, it is simply not possible to do so. It may be possible to assess the monetary value of an investment and how governmental regulation affects that value. However, it may not always be possible, for example, to assess environmental contamination and its effect on human health and life arising from the operations of a business entity, given the immediate and long-term effects of such contamination on health and life. Moreover, the right of investors to make profit cannot be placed on the same level with the human rights of health and life because human beings must exist in order to make or benefit from business³⁹⁸ ».

Así mismo, una parte de la doctrina considera que la proporcionalidad puede llevar a una extralimitación de funciones en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado. *« The introduction of the principle of proportionality tends to obfuscate the lack and underlying normative agreement with respect to the standards in question, and may lead arbitral tribunals to act ultra vires of the ad hoc jurisdiction conferred upon them³⁹⁹ ».* Igualmente, los TAIIE no cuentan con la legitimidad democrática de la autoridad que toma la decisión inicial; las autoridades estatales han tenido los recursos, experiencia y acceso a las pruebas de forma

³⁹⁶ CALAMITA N. Jansen, « The principle of proportionality and the problem of indeterminacy in international investment treaties », in BJORKLUND Andrea, *Yearbook on international investment law & policy, 2013-2014*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 157-200, p.175.

³⁹⁷ BURKE-WHITE William & VON STADEN Andreas, “The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations” in SCHILL Stephan (Ed.), *International Investment Law and Comparative Law*, Oxford, 2010, p. 717.

³⁹⁸ DAGBANJA Dominic N, “The conflict of legal norms and interests in international investment law: Towards the Constitutional-General International Law Imperatives Theory”, in *Transnational Legal Theory*, 2015, vol. 6, no. 3-4, pp. 518-560, p. 532.

³⁹⁹ CALAMITA, *loc.cit.*, p. 159.

más completa que los TAIIE y éstos últimos no tienen el arraigo del Estado anfitrión para razonar las decisiones en nombre del interés público⁴⁰⁰.

La segunda serie de críticas concierne la experiencia del principio de proporcionalidad en el arbitraje de los TAIIE. De hecho, a pesar de los avances en el reconocimiento del principio de proporcionalidad con las decisiones, *Tecmed y Occidental Petroleum*, la doctrina ha objetado la intensidad con la que se llevó a cabo el test de proporcionalidad. Para RANJAN:

“For example, the Tecmed tribunal proceeded directly to a strict proportionality review (...). Also, the tribunal ‘essentially discounted responding to concerns [of community pressure to shift the landfill] as a legitimate objective’ to be pursued by Mexico. This shows the inherent dangers with a proportionality analysis where the ad hoc arbitral tribunal gets to decide which public objectives are legitimate and worth pursuing-not the state⁴⁰¹”.

En cuanto a la decisión *Occidental Petroleum*, la doctrina ha considerado innecesario el uso de la proporcionalidad *stricto sensu*, toda vez que el análisis del tribunal ya había profundizado sobre la necesidad de la medida estatal y las alternativas existentes y menos restrictivas de los derechos del inversionista⁴⁰², mostrando una intensidad en la revisión de la medida estatal poco deferente. Así mismo, la falta de deferencia y consecuente relación con la poca legitimidad de las decisiones de los TAIIE se evidencia en las críticas a algunas decisiones tomadas por los TAIIE, en el marco de la crisis económica de Argentina en los años 2000’s⁴⁰³. El primer motivo de preocupación consistió en que los TAIIE no tenían acceso a la misma información que se tenía al momento de tomar la decisión ni a la inmediación de la prueba. Es lo que se vio reflejado, por ejemplo, en la decisión *Continental Casualty v. Argentine Republic*⁴⁰⁴. Así mismo, con dicho nivel de tecnicismo, es difícil determinar cuál debió ser la medida más adecuada para hacer frente a la situación. De hecho, el gobierno, con base en los informes de los expertos, debió hacer un ejercicio de ponderación y seleccionar la medida

400 Ver entre otros: ELLIOTT Mark, “Proportionality and Deference: The Importance of a Structured Approach”, in FORSYTH Christopher, y otros (Ed.), *Effective Judicial Review: A Cornerstone of Good Governance*, University Press, Oxford. 2010.

401 RANJAN Prabhash, « Using The Public Law Concept Of proportionality To Balance Investment Protection With Regulation In International Investment Law: A Critical Appraisal », in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2014, vol. 3, n° 3, pp. 853-883, p. 865.

402 SABAHI Borzu, DUGGAL Kabir, “Occidental Petroleum v Ecuador (2012). Observations on Proportionality, Assessment of Damages and Contributory Fault”, in *ICSID Review*, vol. 28, n° 2, 2013, pp. 279-290, p. 282.

403 PRODROMOU Zena, « From Internationalism to Cosmopolitanism: Using Domestic Public Law Deference Mechanism to Legitimize the Full Review of Sovereign Macroeconomic Policies in Investment Arbitration », in *Indian Journal of Arbitration Law*, vol. 7, n° 1, 2018, p. 38-53, p. 45 a 46.

404 CIADI. Laudo arbitral en el asunto, *Continental Casualty Corporation v. Argentine Republic*, de fecha 5 de septiembre de 2008, No. ARB/03/9, nota de pie de pagina 228.

que consideró apropiada y necesaria para hacer frente a la crisis, lo que en últimas hace parte de la discrecionalidad administrativa de los Estados. “*On the one hand, is it legitimate to condemn public policies under the light of evidence and data unavailable at the time of decision making? If not, then is it feasible that the new information does not even subconsciously influence the adjudicator when assessing the measure's legality?*”⁴⁰⁵».

La tercera serie de críticas, se refieren a los problemas que presenta la transposición del test de proporcionalidad europeo en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado. De hecho, el desarrollo del principio de proporcionalidad ya ha sido criticado en la jurisprudencia del TEDH, en virtud de la falta de pronunciamiento respecto del peso concedido a los intereses encontrados⁴⁰⁶ y en la jurisprudencia del TJUE porque muestra deferencia de manera imprecisa e incoherente⁴⁰⁷.

En cuanto a la aplicación de principios jurídicos, provenientes del derecho europeo, se considera que no son fácilmente extrapolables en el derecho internacional de inversiones con el Estado, que reposa sobre « *un système peu harmonisé de règlement de différends*»⁴⁰⁸. Así mismo, para Charles LEBEN :

*«la prise en compte d'éléments très subjectifs comme la proportionnalité peuvent être acceptés lorsqu'il s'agit d'institutions judiciaires internes ou de juridictions internationales telles que la Cour européenne des droits de l'homme, mais (...) peuvent étonner lorsqu'il s'agit de tribunaux arbitraux composés de personnes privées et sans aucun mécanisme d'appel ou de cassation»*⁴⁰⁹.

Finalmente, la aplicación de un ‘balancing’ en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado, es considerado problemático. BURKE-WHITE considera que:

⁴⁰⁵ PRODROMOU, Zena, *op.cit.*, p. 46. En el mismo sentido, ver también el laudo del CIADI, en el asunto *Enron Corporation Ponderosa Assets, LP v. Argentine Republic*, de fecha 22 de mayo de 2007. No. ARB/01/3, párrafo 141.

⁴⁰⁶ MCHARG Aileen, “Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty” in *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Modern Law Review*, vol. 62, n° 5, 1999, pp. 671-696, p. 678.

⁴⁰⁷ GERARDS Janneke, “Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine”, in *European Law Journal*, 2011, vol. 17, n° 1, pp. 80-120, p. 90.

⁴⁰⁸ NIKIEMA H. Susy, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Paris, PUF, 2012, 374 p., p.264.

⁴⁰⁹ LEBEN Charles, « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte » in LEBEN, Charles, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 163-184, p. 179.

“The inherent problem with ICSID tribunals engaging in the direct balancing at the heart of proportionality analysis is that they are not well positioned or equipped to engage in lawmaking, to internalize the context, and to weigh the policy considerations at play in a particular case. As we have argued above, ICSID arbitrators are far removed from the politics over whom they exercise control. They often lack expertise in the particular circumstances and fact patterns of the case. They are not embedded in the politics or policies at stake. As a result, ICSID tribunals are in a uniquely poor position to engage in the direct balancing necessary for effective and legitimate proportionality analysis⁴¹⁰”.

De acuerdo con lo visto hasta ahora, la proporcionalidad no cuenta con el apoyo de una parte de la doctrina, para quien su aplicación podría acarrear dificultades en el desarrollo del derecho de la OMC y de las inversiones internacionales con el Estado. Así mismo, tanto el reconocimiento, como la consolidación del principio de proporcionalidad se han visto menguados por la reacción pasiva que han tenido los órganos jurisdiccionales, ante la solicitud de estudio del principio de proporcionalidad, presentada por al menos una de las partes en el procedimiento de solución de diferencias.

§2- El silencio jurisdiccional en la práctica reciente

Los organismos internacionales de solución de diferencias no están obligados a dar respuestas a todos y cada uno de los instrumentos jurídicos aludidos por las partes, sino que deben concentrarse en las pretensiones principales de las partes. De manera que, la motivación de los informes y laudos arbitrales puede estar sometida al ejercicio de la economía judicial, bastante utilizada en los mecanismos alternativos de solución de conflictos, a nivel internacional. *“It belongs, in fact, to the general canons of adjudication - that is, those canons which are inherent in the judicial function and that the judge takes into account in the exercise of his duties, regardless of what the written procedural law establishes⁴¹¹”.* En efecto, tanto el grupo especial, como el órgano de apelación han venido haciendo uso de la economía judicial. *« In order to reduce the workload of the Appellate Body and improve the efficiency of dispute settlement, the Appellate Body needs the authority to exercise judicial economy with-*

⁴¹⁰ BURKE-WHITE William W, VON STADEN Andreas « Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations », *Yale Journal of International Law*, 2010, vol. 35. n° 2, pp. 283-346, p. 336.

⁴¹¹ PALOMBINO, Fulvio Maria. “Judicial Economy and Limitation of the Scope of the Decision in International Adjudication”, in *Leiden Journal of international Law*, vol.23, 2010, pp. 909-932, p. 910. Entendemos por economía judicial, el principio según el cual, la autoridad jurisdiccional obtiene el mejor resultado en el manejo de una controversia jurídica con el uso más racional y eficiente de sus poderes jurisdiccionales. LEGENDRE LE CLOAREC, Mathilde. « *L’interprétation par l’organe d’appel de l’OMC à l’aune de l’objectif de sécurité juridique* ». Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2013, 572 p., p. 65.

out breaching WTO law »⁴¹². El OSD cuenta con discrecionalidad para decidir si se debe aplicar la economía judicial o no, en el caso bajo estudio, o si una cuestión específica amerita o no pronunciamiento expreso⁴¹³. Así mismo, en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado se ha venido haciendo alusión a la economía judicial de forma expresa. Por ejemplo, en los laudos arbitrales, proferidos bajo las reglas CNUDMI, *Spence v. Costa Rica*⁴¹⁴ y *Chevron v. Ecuador*⁴¹⁵. También en sede CIADI, se ha sostenido que, en consideración de la economía judicial, el Tribunal puede prescindir de tratar con argumentos presentados por las partes, que no tienen impacto en el resultado⁴¹⁶.

Por ejemplo, respecto del argumento de proporcionalidad, en la decisión *Nextera v Spain*⁴¹⁷, si bien, el tribunal anunció en el índice, el estudio del estándar de proporcionalidad, no abordó el estudio del mismo, con base en el principio de economía judicial. Según el tribunal:

“(3) Other Claims. (...) in the exercise of judicial economy, the Tribunal considers it unnecessary to consider the additional arguments of Claimants regarding the breach of Article 10(1) of the ECT, namely: the failure to provide a stable, consistent and transparent framework; unreasonable, disproportionate and discriminatory measures; and the breach of obligations assumed towards the Claimant’s investments⁴¹⁸”.

Así mismo, en el informe del grupo especial, en el asunto *Ucrania-Vehículos*⁴¹⁹, el reclamante alegó que, entre otras disposiciones, la medida restrictiva al comercio

⁴¹² LIANG Yi, “The Exercise of Judicial Economy by the WTO Appellate Body”, in *Journal of WTO and China*, vol. 8, no. 1, 2018, p. 35-61, p. 40.

⁴¹³ BUSCH, Marc L; PELC, Krzysztof J., “The Politics of Judicial Economy at the World Trade Organization”, in *International Organization*, vol. 64, 2010, pp. 257–279, p. 279. Ver también: FRISCHTAK Ana, “Balancing Judicial Economy, State Opportunism, and Due Process”, in *Michigan Journal of International Law*, vol. 26, n.º. 3, 2005, pp. 947-989, p. 989.

⁴¹⁴ Laudo de un Tribunal *Ad hoc* en Washington, bajo las reglas CNUDMI de 2010, del 25 de octubre de 2016, en el asunto *Spence International Investments, llc, berkowitz, et al. v. Republic of Costa Rica*, No. UNCT/13/2, párrafo 3.

⁴¹⁵ CPA. Laudo bajo las reglas CNUDMI de 1976, del 17 de septiembre de 2013, en el asunto *Chevron corporation (“chevron”) y Texaco Petroleum Company (“texpet”) v. The Republic of Ecuador*, Primer Laudo parcial, *Track I*, párrafo 36.

⁴¹⁶ Ver entre otras, los laudos del CIADI: en el asunto *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. Suez v. Argentina*, del 9 de abril de 2015, No. ARB/03/19, párrafo 57 y en el asunto *Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v Republic of Peru*, No. ARB/11/17, del 9 de Enero de 2005, párrafo 197. CIADI. Laudo del capítulo 11 del NAFTA y bajo las reglas CNUDMI de 1976, del 16 de marzo de 2017, en el asunto *Eli Lilly and Company v. Government of Canadá*. No. UNCT/14/2. Párrafo 220.

⁴¹⁷ CIADI. Decisión en jurisdicción, responsabilidad y principios de cuantía, proferida el 12 de marzo de 2019, en el asunto: *Nextera Energia Global Holdings y otro vs Kingdom of Spain*. No. ARB/14/11

⁴¹⁸ Párrafo 602.

⁴¹⁹ Informe del grupo especial, del 26 de junio de 2015, en el asunto *Ucrania - medidas de salvaguardia definitivas sobre determinados vehículos automóviles para el transporte de personas*. No. WT/DS468/R

internacional vulneraba el artículo 5.1 del Acuerdo sobre Salvaguardias Comerciales -ASC-. Como ya hemos advertido, en medio del análisis de esa disposición, el OSD reconoció de manera expresa, el principio de proporcionalidad. Sin embargo, el grupo especial consideró que:

“El Grupo Especial observa que la alegación formulada por el Japón al amparo del párrafo 1 del artículo 5 guarda relación con la naturaleza y el nivel de la medida de salvaguardia que Ucrania optó específicamente por aplicar, así como con el momento de su aplicación (...). Por consiguiente, aplicamos el principio de economía procesal y no formulamos constataciones por lo que respecta a esta alegación⁴²⁰”.

En el mismo sentido, los jueces y árbitros internacionales pueden acudir al silencio, respecto de los instrumentos jurídicos aludidos por las partes, como una respuesta deliberada a los cuestionamientos que deben ser tratados en la decisión. Es decir que, la respuesta a las pretensiones o cuestionamientos principales validan el silencio, respecto de cada argumento incluido en cada pretensión, entendiéndose que la respuesta a la pretensión subsume los argumentos al interior del mismo. Tanto la economía judicial como el silencio, hacen parte de las facultades discrecionales de los árbitros⁴²¹ y pretenden hacer más eficiente el procedimiento de solución de disputas⁴²².

Sin embargo, respecto del principio de proporcionalidad, la respuesta, bien sea, a través del rechazo al uso del mismo, o bien, con el uso explicado y justificado de éste ‘principio’ jurídico permitiría una mayor comprensión de su contenido y alcance, así como el reconocimiento del mismo. En cambio, encontramos que, en varias ocasiones, se ha guardado silencio, ante la solicitud de análisis del principio proporcionalidad, en los informes del OSD y de los laudos de los TAIIE. De hecho, uno o varios de los intervinientes, en procedimientos de solución de diferencias ante la OMC, han hecho mención al principio de proporcionalidad o desproporcionalidad de la medida estatal, sin que se hayan pronunciado de forma expresa sobre ese aspecto (A). En el caso de los laudos arbitrales, son mucho más numerosas las opor-

⁴²⁰ Párrafo 7.380. La economía procesal también se aplicó en el asunto *Indonesia-Hierros*, respecto al análisis del artículo 5.1 del ASC, pero no se expreso textualmente, sino que en vista que la medida no cumplía con lo establecido en el artículo 1 del ASC para ser considerada salvaguardia comercial, el OSD rechazó las demás pretensiones. Ver: Informe del grupo especial, del 18 de agosto de 2017, en el asunto *Indonesia - salvaguardia sobre determinados productos de hierro o acero*. No. WT/DS490/R; WT/DS496/R, párrafo 8.4.

⁴²¹ CHENG Tai-Heng, and TRISOTTO Robert, “Reasons and Reasoning in Investment Treaty Arbitration”, in *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 32, no. 2, 2009, pp. p. 409-434., p. 410.

⁴²² MARKERT Lars, “Improving Efficiency in Investment Arbitration”, in *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 4, no. 2, 2011, p. 215-246, p. 218.

tunidades en las que alguna de las partes en el procedimiento, o ambas, han mencionado la necesidad de análisis del principio de proporcionalidad, respecto de la medida estatal, sin que los TAIIE se hayan pronunciado de forma expresa sobre ese argumento (B).

A. En la solución de diferencias de la OMC

Encontramos el silencio del OSD, en el análisis a la eventual vulneración del artículo 2 del AOTC-, relacionado con elaboración, adopción y aplicación de reglamentos internos por instituciones del gobierno central de los Estados Miembros⁴²³. Por ejemplo, en el asunto *Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas*⁴²⁴, donde se discutía, en sede de apelación, la eventual vulneración al párrafo 2 del artículo 2 del AOTC, en la que incurría la Unión Europea, con la expedición de dos Reglamentos concernientes al comercio internacional de productos derivados de las focas, denominados por el grupo especial, o reglamentos de la UE sobre las focas⁴²⁵. Para México, quien participaba en calidad de tercero en la solución de la diferencia, el principio de proporcionalidad debía participar dentro del análisis de necesidad de la medida, en cumplimiento del párrafo 2 del artículo 2 del AOTC. Específicamente, en la comparación entre la medida impugnada y la posible alternativa. “En tal análisis comparativo, el grado de contribución de la medida alternativa al objetivo legítimo no tiene que ser igual que el de la medida impugnada, sino que podría ser también un grado menor si ello se justifica a la luz de los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo. A juicio de México, ‘esta interpretación es compatible con el principio de proporcionalidad’⁴²⁶”. Sin embargo, el órgano de apelación hizo caso omiso a lo apuntado por Mexico en su intervención, sin que se pueda vislumbrar una razón objetiva, por la cual dicho argumento no haya sido examinado.

⁴²³ Según el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC: “Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos”. Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio-OTC, página 132, disponible en: www.wto.org

⁴²⁴ OMC. Informe del órgano de apelación del 22 de mayo de 2014. No. WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R.

⁴²⁵ *Ibid.*, párrafo 1.3.

⁴²⁶ *Ibid.*, párrafo 2.277.

Por otra parte, encontramos también silencio frente al argumento de proporcionalidad, dentro del análisis a las excepciones de los Acuerdos de la OMC, contempladas en el Artículo XX del GATT y en el artículo XIV del AGCS. Por ejemplo, en el asunto *Indonesia - Importación de productos hortícolas, animales y productos del reino animal*⁴²⁷. En este caso, Indonesia profirió diez y ocho medidas distintas aplicadas a la importación de productos hortícolas, animales y productos del reino animal. La medida dos, limitaba la importación a productos hortícolas, en las condiciones establecidas en los Reglamentos de importación, incluida la cantidad de productos cuya importación se permite, el tipo específico de productos cuya importación se permite, el país de origen de los productos y el puerto de entrada indonesio por el que entrarán los productos. Así mismo, la imposibilidad de modificar estas condiciones durante el período de validez de las licencias y las aprobaciones de importación⁴²⁸. Si los productos no coinciden con las medidas, serían destruidos o reexportados a expensas del importador⁴²⁹.

Indonesia alegó que la medida estaba justificada al amparo del apartado d) del artículo XX del GATT, según el cual se exceptúan de la observancia de los Acuerdos de la OMC, las medidas que sean necesarias para lograr la observancia de las leyes y reglamentos “relativos a la aplicación de las medidas aduaneras, al mantenimiento en vigor de los monopolios administrados de conformidad con el párrafo 4 del artículo II y con el artículo XVII, a la protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción, y a la prevención de prácticas que puedan inducir a error⁴³⁰”. Para Estados Unidos, ese elevado nivel de restricción del comercio no respeta el principio de proporcionalidad respecto a ninguna mínima contribución que la medida teóricamente pudiera hacer a la aplicación de las medidas aduaneras⁴³¹. A juicio de Nueva Zelandia, “incluso si se cumpliera el primer elemento del apartado b) del artículo XX, no hay ninguna prueba de que la medida sea "necesaria" para proteger la salud de las personas, contrariamente a lo que alega Indonesia”. “(...) la medida restringe el comercio de manera desproporcionada en relación con el objetivo que ahora se alega⁴³²”. A pesar de haberse hecho mención a la proporcionalidad de la medida por dos Estados intervinientes, el grupo especial decidió no abordar este punto, por lo menos de forma expresa.

⁴²⁷ OMC. Informe del grupo especial, del 22 de diciembre de 2016. WT/DS477/R; WT/DS478/R

⁴²⁸ párrafo 2.35.

⁴²⁹ párrafo 2.36.

⁴³⁰ Artículo XX, literal d) del GATT de 1947, página 542, disponible en www.wto.org

⁴³¹ *Ibid.*, párrafo 7.591

⁴³² párrafo 7.543 y ss.

En cuanto a las excepciones contempladas en el artículo XIV del AGCS, específicamente en los literales c) y d), también conocidas como “excepción cautelar”, en el asunto *Panamá c. Argentina – Medidas relativas al comercio de mercancías y servicios*⁴³³, Argentina alegó el principio de proporcionalidad respecto de las medidas. De hecho, Argentina hizo alusión a los elementos del test de proporcionalidad europeo, en estos términos: “Las medidas defensivas cuestionadas por Panamá son la respuesta necesaria, adecuada y proporcionales a los riesgos creados por la imposibilidad de acceder a la información sobre los beneficiarios finales respecto de operaciones que involucran a jurisdicciones no cooperadoras a los fines de la transparencia fiscal⁴³⁴”. Sin embargo, ni el grupo especial ni el órgano de apelación hayan hecho algún pronunciamiento expreso sobre el tema⁴³⁵.

Además, encontramos otras materias en las que se alega el uso del principio de proporcionalidad, como parte del análisis de alguna disposición de los Acuerdos de la OMC. Es el caso del artículo 14 del ASMC sobre el cálculo de la cuantía de una subvención en función del beneficio obtenido por el receptor. En el asunto *Estados Unidos - medidas compensatorias sobre determinados productos planos de acero al carbono laminado en caliente procedentes de la India*⁴³⁶, Estados Unidos creó medidas de derechos compensatorios a las importaciones de determinados productos planos de acero al carbono laminado en caliente, procedentes de la India. La India impugnó las medidas puesto que consideraba que las mismas no cumplían con lo contemplado en el literal d) del artículo 14 del ASMC, es decir, que no conferían los beneficios compensatorios de forma adecuada “en relación con las condiciones reinantes en el mercado para el bien o servicio de que se trate, en el país de suministro o de compra (incluidas las de precio, calidad, disponibilidad, comerciabilidad, transporte y demás condiciones de compra o de venta)⁴³⁷, lo que fue rechazado por el grupo especial. En sede de apelación, la India considera que “el Grupo Especial confundió la expresión “condiciones reinantes en el mercado” con la existencia de transacciones de importación⁴³⁸” y sostiene que “la premisa del Grupo Especial otorga un peso desproporcionado a las transacciones de importación”, lo que pres-

⁴³³ OMC. Informe del grupo especial, proferido el 30 de septiembre de 2015. No. WT/DS453/R

⁴³⁴ OMC. Informe del grupo especial *Addendum* del 30 de septiembre de 2015, *Panamá c. Argentina – Medidas relativas al comercio de mercancías y servicios*. No. WT/DS453/R/Add.1, párrafo 6.

⁴³⁵ Esta decisión ha sido objeto de análisis respecto de la existencia de un control proporcionalidad implícito. Cfr. capítulos 4 y 5, *infra*.

⁴³⁶ OMC. Informe del órgano de apelación, de fecha 8 de diciembre de 2014. No. WT/DS436/AB/R.

⁴³⁷ OMC. Informe del grupo especial de fecha 14 de julio de 2014. WT/DS436/R, párrafo 3.1

⁴³⁸ *Ibid.*, párrafo 4.254.

cinde de la interpretación corriente del apartado d) del artículo 14⁴³⁹”. Sin embargo, el órgano de apelación no hace un estudio sobre el carácter desproporcionado de las medidas compensatorias, de forma expresa.

Además de los casos antes vistos, encontramos el mismo silencio respecto del argumento de proporcionalidad en diversas materias, como es el caso de la compatibilidad de las medidas estatales con lo prescrito en los artículos 5 y 6 del AMSF⁴⁴⁰; en cuanto al trato nacional en materia de tributación y de reglamentación interiores o artículo III del GATT⁴⁴¹.

Finalmente, cabe resaltar el asunto *Unión Europea, E.E.U.U. y Japón c. Argentina - Medidas que afectan a la importación de mercancías*⁴⁴², en el que el órgano de apelación, sin hacer mención a la proporcionalidad alegada por varias partes, decide no estudiar el contexto en el que se plantea la situación. En efecto, en este caso Argentina creó el procedimiento de Declaración Jurada Anticipada de Importación-DJAI con el que se hacía una revisión previa a las importaciones e incluso se bloqueaban las importaciones. La Unión Europea, Estados Unidos y Japón presentaron impugnaciones pues consideraban que con este procedimiento se vulneraban varias disposiciones de los Acuerdos de la OMC, específicamente los artículos X y XI del GATT. Para la UE, la medida de creación del sistema DJAI no es imparcial, razonable ni proporcional, con lo cual, resulta incompatible con las disposiciones del GATT⁴⁴³. El grupo especial constató que la medida constituía una restricción sin justificación a la importación de mercancías. Además consideró que: “la cuestión de si la Argentina aplica ese procedimiento de manera uniforme, imparcial y razonable deja de ser importante. Por consiguiente, el Grupo Especial se abstiene de formular constatación alguna en relación con esta alegación específica⁴⁴⁴”.

De acuerdo con lo antes visto, el silencio ante los argumentos de proporcionalidad, de alguno de los intervinientes se ha presentado en casos similares pero también en relación con

⁴³⁹ Ibid.

⁴⁴⁰ Se refiere a las medidas tomadas por la India para hacer frente al comercio internacional de productos en medio de la crisis sanitaria sufrida con la gripe aviar. Ver Informe del grupo especial, del 14 de octubre de 2014, en el asunto *India - medidas relativas a la importación de determinados productos agropecuarios*, WT/DS430/R, párrafos 7.249 y 7.250.

⁴⁴¹ OMC. Informes del Grupo especial, *Addendum*, Brasil - determinadas medidas relativas a la tributación y las cargas, del 30 de agosto de 2017. WT/DS472/R/Add.1; WT/DS497/R/Add.1, párrafo 8.

⁴⁴² OMC. Informe del grupo especial del 22 de agosto de 2014, en el WT/DS438/R, WT/DS444/R, WT/DS445/R. Ver también informe *Addendum*, párrafo 2.1.3.

⁴⁴³ Ibid., párrafo 6.490.

⁴⁴⁴ Ibid., párrafo 6.498.

disposiciones diversas de los Acuerdos de la OMC. Así existan razones suficientes para que el OSD haya decidido no abordar el tema, el silencio impide conocer la forma y contenido de la proporcionalidad expresa dentro de los informes del OSD y por tanto ha reducido el lugar del principio, en las decisiones proferidas durante los últimos cinco años⁴⁴⁵. Esa falta de pronunciamiento expreso también la encontramos en la práctica reciente, en materia de arbitraje internacional de inversiones con el Estado.

B. En el arbitraje internacional de inversiones con el Estado

Por ejemplo, en el asunto *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*⁴⁴⁶, las empresas demandantes realizaron inversiones en la construcción de un desarrollo inmobiliario residencial y comercial de uso mixto en Estambul, conocido como Ispartakule III. El demandado, actuando a través de varias entidades estatales, rescindió el contrato de construcción que terminó perjudicando las inversiones realizadas por los demandantes⁴⁴⁷. Para el demandante, la medida de Turquía se trata de una expropiación indirecta que vulneró, entre otros, el estándar de TJE. Ese estándar está contenido en el artículo 3, numeral 1 del TBI, suscrito entre Turquía y Holanda en 1989, que se refiere a “*not to act arbitrarily, in a discriminatory manner or in the absence of proportionality*”⁴⁴⁸. El demandante agregó que “*in any event, the termination of the Contract was in breach of the FET standard because it was not proportional to any legitimate end*”⁴⁴⁹.

Así mismo, respecto de la supuesta vulneración al estándar de TJE, las partes también han solicitado el análisis de la proporcionalidad de la medida, respecto del fin perseguido. Por ejemplo, en la decisión *VJ, SCLLC, AND AIPLLC v Republic of Poland*⁴⁵⁰, el demandante consideró que:

« *The Respondent did not fulfil any of the criteria in Article VII of the Treaty for a lawful expropriation. First, the expropriation was not for a public purpose. While the Claimants agree that taxes as a rule are imposed for a public purpose, the present dispute does not con-*

⁴⁴⁵ Recordemos que, hasta diciembre de 2020, los procedimientos arbitrales están pendiente de resolución definitiva, de manera que, los laudos arbitrales aquí analizados van hasta el año 2019, con base en los datos, disponibles en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>, así como en las bases de datos: www.italaw.com y <https://jsumundi.com/en/>.

⁴⁴⁶ CIADI. Laudo del 10 de Marzo de 2014. No. ARB/11/28

⁴⁴⁷ *Ibidem*, párrafos 56 a 60, páginas 13 y ss.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, párrafo 381, página 112.

⁴⁴⁹ Párrafo 384 (6), página 115.

⁴⁵⁰ CIADI. Laudo del 24 de noviembre de 2015, en el asunto *VJ, SCLLC, AND AIPLLC v Republic of Poland*. No. ARB(AF)/11/3.

cern the legal framework of taxation but the concerted conduct of the tax and criminal authorities. The Claimants argue that the Respondent could not point to any specific public purpose that it was seeking to achieve. However, even if it could, the Claimants state that the expropriation in the present case violated the principle of proportionality which is implied in the concept of public purpose. According to the Claimants, the tax sanctions imposed on/and the initiation of criminal proceedings, which eventually resulted in banks ceasing their financing of K, were not proportional to the alleged purpose of preventing tax evasion⁴⁵¹ ».

Ante esta acusación, el demandado consideró que:

“Finally, the Respondent contests the application of the principle of proportionality as asserted by the Claimants. The Respondent argues that the Claimants’ reliance on the *Occidental v. Ecuador*²⁵⁶ case was misplaced since the facts in that case were different. In *Occidental*, the State took the most drastic action possible by terminating the concession agreement, and it did so even though other less severe alternatives were available to it. In the present dispute, the Respondent submits that the tax liabilities of K arose by operation of law, as did the penalties and late interest payment charges thereon. The Respondent points out that this was not a matter of discretion for the Respondent. The Respondent, however, also argues that the Tribunal’s decision in *Occidental* was not correct since as long as the sanction was within the competence of the relevant State organ under domestic law, the State should be allowed to exercise its sovereign power to shape State policy. According to the Respondent, an international investment tribunal is not in a position to make such a policy judgment⁴⁵²».

El tribunal no hace pronunciamiento alguno respecto a lo antes tratado. Otro ejemplo, lo encontramos en la decisión, *Corona Materials, LLC c. República Dominicana*⁴⁵³. En este caso, el reclamante consideró que el gravamen sobre las exportaciones por parte del Estado anfitrión fue una medida injusta y desproporcionada para los inversionistas que quisieran exportar agregados de su inversión⁴⁵⁴. El Tribunal hizo su análisis de expropiación indirecta y vulneración estándar de TJE sin tener en cuenta de forma expresa al principio de proporcionalidad.

Igualmente, en la decisión *Pac Rim c. República del Salvador*⁴⁵⁵, el demandante solicitó el estudio del principio de proporcionalidad, toda vez que es un principio constitucional en

⁴⁵¹ Párrafo 400.

⁴⁵² Párrafo 416.

⁴⁵³ CIADI. Laudo sobre objeciones preliminares expeditas de la demandada de conformidad con el artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, del 31 de mayo de 2016, en el asunto *Corona Materials, LLC c. República Dominicana*. N.º ARB(AF)/14/3

⁴⁵⁴ Párrafo 6, 66 y 228.

⁴⁵⁵ CIADI. Laudo del 14 de octubre de 2016, en el asunto: *Pac Rim Caiman LLC c. República del Salvador*. No. ARB/09/12, párrafo 5.10; 7.44. Incluso uno de los expertos que fue consultado durante el procedimiento consideró que debía tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad, puesto que hace parte de la legislación constitucional salvadoreña. Ver párrafos 8.37 a 8.41.

Ecuador que fue tratado por las Cortes internas antes de que la controversia llegara al arbitraje internacional de inversiones⁴⁵⁶. El tribunal consideró que no era necesario abordar todos los argumentos presentados por las partes, en relación con la interpretación de la ley de inversiones en el derecho interno⁴⁵⁷. Así mismo, en el asunto *Casinos v Argentina*⁴⁵⁸, las empresas demandantes consideraron que: “(...) la revocación de la licencia de ENJASA mediante la Resolución No. 240/13 fue solo un pretexto; no se basó en fundamentos legítimos. Se adoptó en violación de la legislación nacional y en violación del debido proceso, del principio de proporcionalidad, y de la prohibición de aplicar requisitos regulatorios en forma retroactiva”⁴⁵⁹. Sin embargo, el tribunal no dio respuesta sobre la vulneración al principio de proporcionalidad⁴⁶⁰.

Los anteriores ejemplos nos muestran el rechazo pasivo a la aplicación del principio de proporcionalidad⁴⁶¹. Si bien es cierto, el árbitro internacional no está obligado a dar respuesta a todas y cada uno de los argumentos presentados, especialmente cuando son argumentos de defensa accesorios, sino a las pretensiones principales, los argumentos de las partes también nos muestran la necesidad de aclaraciones respecto de la concepción del principio de proporcionalidad en el derecho de las inversiones internacionales. Así mismo, con la ausencia de pronunciamiento expreso respecto del principio de proporcionalidad, tanto en los informes del OSD de la OMC, como en los laudos de los TAIIE proferidos recientemente, se pierde la valiosa oportunidad de encontrar en las decisiones del OSD y de los TAIIE, un reconocimiento de un ‘principio’ jurídico, que sirva de fuente jurídica, en decisiones futuras.

⁴⁵⁶ Párrafos 5.10; 7.44; 8.37, 8.38 a 8.42

⁴⁵⁷ párrafo 4.2.

⁴⁵⁸ CIADI. Laudo del 29 de julio de 2018. *Casinos Austria International GMBH y Casinos Austria Aktiengesellschaft c. República Argentina*. No. ARB/14/32

⁴⁵⁹ Párrafo 127.

⁴⁶⁰ Situación similar se presentó en el asunto: CIADI, laudo en el asunto *Clorox España, S.L. vs República Bolivariana de Venezuela*, No. 2015-30, párrafo 763 y CPA. Laudo bajo las reglas CNUDMI de 2013, de fecha 3 de septiembre de 2019, en el asunto *Michael Ballantine Y Lisa Ballantine C. La República Dominicana*. No. 2016-17, párrafo 303.

⁴⁶¹ Ver también: CIADI. Laudo del 26 de febrero de 2014, en el asunto *Antoine Abou Lahoud & Lahoud vs Congo*. No. ARB/10/17, ver párrafos: 172, iii) y 173, 251, 279, 329, 332; Tribunal de arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Moscú, con base en la Convención de Protección suscrita entre las partes en 1997, laudo de fecha: 30 de junio de 2014, No. A-2013, p. 61; Tribunal de arbitraje en París, bajo las reglas CNUDMI de 1976. Laudo del 24 de octubre de 2014, en el asunto: *Valeri Belokon v. Kyrgyz Republic*, párrafo 25⁴; CIADI.; CIADI, laudo del 30 de noviembre de 2017, en el asunto: *Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*, No. ARB/14/21, párrafo 521; CIADI, laudo del 27 de septiembre de 2017, en el asunto *Caratube International Oil Company LLP and Mr. Devincci Salah Hourani vs Republic of Kazakhstan*, No. ARB/13/13, párrafo 262, párrafo 701, párrafo 710, párrafo 809.

A pesar de que la proporcionalidad no ha contado con el suficiente reconocimiento en tanto que ‘principio jurídico’, actualmente encontramos la noción de proporcionalidad presente en el derecho de la OMC y de las inversiones internacionales con el Estado. De acuerdo con lo que veremos a continuación, la proporcionalidad ha sido aceptada, tanto en las decisiones de los órganos jurisdiccionales, como en las reglas convencionales recientes, cumpliendo con las características de un estándar jurídico de control de las medidas estatales.

Sección 2. La inclusión del estándar de proporcionalidad en otras fuentes jurídicas

Los estándares jurídicos pueden estar contenidos en la costumbre internacional, específicamente en las decisiones de los organismos encargados de la solución de disputas, en las reglas convencionales e incluso en los principios generales. « *Le concept de standard fait donc place à une large gamme de seuils de normativité. Cette variété normative s'accompagne d'un flou terminologique* »⁴⁶². En el derecho internacional económico, encontramos una serie de estándares jurídicos de uso frecuente, que cumplen con las funciones de normatividad y normalidad, tanto en el derecho de la OMC como en el derecho internacional de inversiones con el Estado. Se caracterizan por su inclusión, bien sea en las reglas convencionales sobre comercio e inversiones internacionales con el Estado, o bien, están presentes en las decisiones sobre solución de diferencias.

Por una parte, encontramos estándares jurídicos generales, sobre los cuales reposa el sistema jurídico internacional, como es el caso del estándar de razonabilidad y el de buena fé. Así mismo, en esta categoría podemos incluir los estándares jurídicos de tipo circunstancial, es decir, creados a partir de la experiencia en el ambiente jurídico internacional. Por ejemplo, el estándar de comercio libre y abierto o bien, el estándar de desarrollo sostenible. Por otra parte, encontramos los estándares jurídicos particulares, es decir, presentes de manera específica, en los tratados y acuerdos internacionales económicos. Por ejemplo, el estándar de la Nación menos favorecida o bien el del tratamiento justo y equitativo⁴⁶³.

⁴⁶² BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, « Normes, standards et règles en droit international », in BROSSET Estelle, et al., *Les enjeux de la normalisation technique internationale : entre environnement, santé et commerce international*, Paris, La Documentation française, 2006. p. 43-56 p. 44.

⁴⁶³ LAGELLE Anaïs, « *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale* » Thèse de droit, soutenu à l'Université Nice-Sophia-Antipolis, le 30 novembre 2012, sous la direction de M. GARCIA Thierry, 468 p. Ver páginas 157 a 246.

En cuanto al principio de la proporcionalidad, la noción jurídica de proporcionalidad y/o desproporción, hace parte de las decisiones recientes de los órganos jurisdiccionales (§ 1). Así mismo, se hace referencia a la proporcionalidad y/o prohibición de medidas desproporcionadas en los recientes tratados y acuerdos internacionales en materia de comercio e inversiones (§2). En ambos casos, la referencia expresa a la proporcionalidad invita a la revisión de normalidad y normatividad de la conducta estatal, en las relaciones internacionales económicas, y hace parte de la construcción de jurisprudencia constante en el derecho internacional económico.

§ 1- La aceptación de la proporcionalidad en la solución de diferencias

Un estándar jurídico puede consolidarse en un área específica, en virtud de la frecuencia con la que es citado en las decisiones. Así mismo, si una decisión que contiene un estándar es citada con frecuencia, consolida tanto la decisión en sí misma, como al estándar que ella transporta. De manera que, la aceptación jurisdiccional de un estándar puede estar vinculada con el precedente y/o una jurisprudencia constante. Este tema ha generado inquietudes doctrinales⁴⁶⁴, en el derecho del comercio e inversiones internacionales, inclusive en relación con el estándar de proporcionalidad⁴⁶⁵.

Mas allá de si existe o no un precedente y/o jurisprudencia constante en el derecho internacional económico, respecto del estándar de proporcionalidad, observamos que se ha hecho referencia expresa a éste, en las decisiones proferidas durante los últimos cinco años. Cabe anotar que, en virtud de que el principio y/o estándar de proporcionalidad no hizo parte de la mayoría de acuerdos y tratados económicos internacionales, objeto de estudio en las decisiones proferidas durante los últimos cinco años, el análisis de proporcionalidad no hace parte de las cuestiones principales de la decisión, sino que su inclusión se encuentra dentro del análisis de disposiciones específicas, incluso dentro de otros principios y/o estándares jurídicos.

⁴⁶⁴ KAUFMANN-KOHLER Gabrielle. « Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? », in *Arbitration International*, vol. 23. No. 3, 2007, pp. 357-378, p. 358. Ver, también: GUILLAUME, Gilbert « The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators », in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, No. 1, 2011, pp. 5-23, p. 6.

⁴⁶⁵ VENZKE, Ingo. “Making General Exceptions: The Spell of Precedents in Developing Article XX GATT into Standards for Domestic Regulatory Policy”, in *German Law Journal*, vol. 12, no. 5, May 1, 2011, p. 1111-1140, p. 1130.

Si comparamos las decisiones en las que se hace mención expresa al estándar de proporcionalidad en la solución de diferencias de la OMC, respecto de los laudos arbitrales de los TAIIIE, encontramos que el estándar de proporcionalidad ha sido reconocido, con mayor frecuencia, en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado (A). De todas formas, la inclusión en algunos informes del OSD nos muestra la aceptación que ha tenido la proporcionalidad, en tanto que estándar jurídico aplicable en ciertas materias del derecho de la OMC (B). En ambos casos observamos que el estándar de proporcionalidad es citado en casos con circunstancias fáctico-jurídicas similares y en algunas ocasiones, citando la decisión precedente que lo reconocía expresamente.

A. En los actuales laudos de los TAIIIE

De las doscientas siete decisiones arbitrales, proferidas recientemente, por los diferentes TAIIIE⁴⁶⁶, sólo en cuarenta y cinco de ellas, se ha mencionado a la proporcionalidad en el control de la medida estatal que vulnera derechos al inversionista. Dentro de estas menciones, encontramos las ocasiones en las que se ha aplicado el ‘principio’ de proporcionalidad en los laudos arbitrales, bien sea para el rechazo de su estudio, o bien, para el análisis dentro de la decisión arbitral⁴⁶⁷.

Es decir que, en ciento noventa y dos laudos, no se aplicó, de forma expresa, el principio y/o estándar de proporcionalidad, perdiéndose, de esta manera, la oportunidad de consolidar el uso explícito de este principio y estándar de control, en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado. Ahora bien, en treinta y cuatro laudos, los TAIIIE hacen referencia al estándar de proporcionalidad, bien sea respecto de la vulneración del tratamiento justo y equitativo, o bien, de la expropiación indirecta.

El análisis del contenido del estándar de proporcionalidad, en las decisiones de los TAIIIE, será objeto de análisis posterior⁴⁶⁸. Por el momento, tendremos en cuenta la

⁴⁶⁶ Hemos seleccionado las decisiones que ponen fin al procedimiento arbitral por la vía normal, es decir a través de un laudo de arbitraje que resuelve, de fondo y de manera definitiva, el litigio propuesto.

⁴⁶⁷ Recordemos los rechazos al estudio del ‘principio’ de proporcionalidad, en las decisiones arbitrales: *Vigotop limited c. Hungary*; *Adel a Hamadi al Tamimi v Sultanate of oman*; *Pezold v Zimbabwe*; *South American v Bolivia*. Así mismo, la aplicación directa del ‘principio’ de proporcionalidad como base de la decisión, en los laudos: *Vladislav Kim v Uzbekistan*; *Alvarez v Panamá*; *Cortec v Kenia* y *RREEF y otro v Spain*. Cfr. Capítulo 1 *infra*

⁴⁶⁸ Cfr. Capítulo 3, *infra*.

consistencia en la referencencia al estándar de proporcionalidad en los laudos arbitrales recientes. En efecto, en las treinta y cuatro decisiones arbitrales, que se refieren de forma explícita al estándar de proporcionalidad, encontramos diez y seis que no citan informes precedentes, respecto del control de proporcionalidad. Se trata de los asuntos: *Charanne*⁴⁶⁹, *Copper Mesa*⁴⁷⁰, *Antaris*⁴⁷¹, *Unión Fenosa*⁴⁷², *Greentech*⁴⁷³, *Philips Petroleum*⁴⁷⁴, *UP and CD Holding*⁴⁷⁵, *Customs and Tax*⁴⁷⁶, *Mamidoil*⁴⁷⁷, *Oxus Gold*⁴⁷⁸, *Blusun*⁴⁷⁹, *Ampal*⁴⁸⁰, *9REN Holding*⁴⁸¹, *Belenergia*⁴⁸², *Tethyan Cooper*⁴⁸³ y *Glencore*⁴⁸⁴. Es decir, se hace referencia a si la medida es, o no proporcionada, sin aportar la referencia a una decisión precedente sobre el mismo tema. En cambio, en diez y ocho decisiones arbitrales, se citan las decisiones precedentes en las que se incluyó la referencia al estándar de proporcionalidad. Presentadas por orden cronológico, tenemos, en el 2014, los asuntos: *Gold reserve*⁴⁸⁵, *Veteran*⁴⁸⁶,

⁴⁶⁹ Tribunal de Arbitraje con sede en Madrid, España, del 21 de enero 2016 con base en el Tratado sobre la Carta la Energía de 17 diciembre 1994, en el asunto *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. c. Reino de España*. No.062/2012, párrafos 337, 342, 513, 517.

⁴⁷⁰ CPA. Laudo del 15 de marzo de 2016, bajo las reglas CNUDMI de 1976, en el asunto *Copper Mesa Mining Corporation v The Republic of Ecuador*. NO. 2012-2, párrafo 6.84.

⁴⁷¹ La Corte Permanente de Arbitraje-CPA-, laudo del 2 de mayo de 2018, en el asunto: *Antaris GmbH, Dr Michael Göde vs República checa*, PCA CASE N° 2014-01, párrafo 444.

⁴⁷² CIADI, laudo del 31 de Agosto de 2018, en el asunto: *Unión Fenosa Gas S.A. vs Arab Republic of Egypt*, No. ARB/14/4, párrafo 9.131.

⁴⁷³ Instituto de la Cámara de Comercio de Estocolmo-ICCE-, 23 de diciembre de 2018, en el asunto: *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, and NovEnergia II Italian Portfolio SA, v. The Italian Republic* No. V (2015/095), párrafo 462.

⁴⁷⁴ Laudo de la Cámara de Comercio Internacional-ICC-, del 24 de abril de 2018, en el asunto: *Phillips Petroleum Company Venezuela Limited Conocophillips Petrozuata B.V. vs. Petróleos de Venezuela, s.a. Corpoguanipa, s.a. Pdvs Petróleo, s.a.*, No. 20549/ASM/JPA (C-20550/ASM), párrafo 133, iv, 170.

⁴⁷⁵ CIADI, laudo del 9 de octubre de 2018, en el asunto: *UP and C.D Holding Internationale v. Hungary*, No. ARB/13/35, párrafo 394 y ss.

⁴⁷⁶ CIA de la CCI, sentencia del 22 de julio de 2015, en el asunto *Customs and Tax Consultancy LLC (CTC) v République Démocratique du Congo*, No. 19515/MCP/DDA., párrafos 147 y 184

⁴⁷⁷ CIADI, laudo del 30 de Marzo de 2015, en el asunto: *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A., c. Republic of Albania*, No. ARB/11/24, párrafo 657.

⁴⁷⁸ Tribunal de arbitraje con sede en París. Laudo del 17 de diciembre de 2015, bajo las reglas CNUDMI de 2010, en el asunto *Oxus gold v. the Republic of Uzbekistan*, párrafos: 318, 684, 692, 762, 771, 786, 799, 819, y 1008.

⁴⁷⁹ CIADI, laudo del 27 de diciembre de 2016, en el asunto: *Blusun S.A. Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein Vs Italian Republic*, No. ARB/14/3, párrafo 318.

⁴⁸⁰ CIADI. Laudo del 21 de febrero de 2017, en el asunto *Ampal-American Israel Corp., y otros v Arab Republic of Egypt*. No. ARB/12/11, párrafos 245 y 343 a 346.

⁴⁸¹ CIADI, laudo del 31 de mayo de 2019, en el asunto: *9Ren Holding S.À.R.L. c. Reino de España*. No. ARB/15/15, párrafo 428.

⁴⁸² CIADI. Laudo del 6 de agosto de 2019, en el asunto *Belenergia S.A. v. Italian Republic*. No. ARB/15/40, párrafo 630.

⁴⁸³ CIADI. Laudo del 10 de noviembre de 2017. Decision on Jurisdiction and Liability, en el asunto: *Tethyan Copper Company Pty Limited v Islamic Republic Of Pakistan*. No. ARB/12/1.

⁴⁸⁴ CIADI. Laudo del 27 de agosto de 2019, en el asunto *Glencore International A.G. And C.I. Prodeco S.A. v Republic Of Colombia*. No. ARB/16/6

⁴⁸⁵ CIADI, laudo del 22 de septiembre de 2014, en el asunto: *Gold Reserve Inc. Bolivarian Republic of Venezuela*, No. ARB(AF)/09/1, párrafos 567 a 576.

*Hulley*⁴⁸⁷ *Yukos*⁴⁸⁸, *OAO Tatneft*⁴⁸⁹. En el 2015: *Electrabel*⁴⁹⁰. En el año 2016: *CC/Devas*⁴⁹¹, *Philip Morris*⁴⁹². En el 2017: *Koch Minerals*⁴⁹³, *UAB Energija*⁴⁹⁴, *Eiser*⁴⁹⁵. En el 2018: *Antin*⁴⁹⁶, *Foresight*⁴⁹⁷, *Marfin*⁴⁹⁸, *Novenergia II*⁴⁹⁹. En el 2019, las decisiones: *Soles Badajoz*⁵⁰⁰, *Bayware*⁵⁰¹ y *United Utilities*⁵⁰². En todos los casos, al momento de abordar el estándar de proporcionalidad, se cita la o las decisión(es) precedentes que lo aplican.

Por ejemplo, en el asunto *Soles badajoz v Spain*⁵⁰³, el tribunal encontró la formulación de proporcionalidad, hecha por el demandante, adecuada:

“to the circumstances of this case, and notes that it has been applied by other tribunals considering changes in renewable energy subsidies, including Antin, Blusun, Eiser, and

⁴⁸⁶ CPA. Laudo del 18 de julio de 2014, bajo lo contemplado en el artículo 26 de la Carta de Energía y las reglas CNUDMI de 1976, en el asunto: *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*. No. AA 228, párrafos 672 a 679.

⁴⁸⁷ CPA. Laudo del 18 de julio de 2014, en el asunto: *Hulley enterprises limited (cyprus) v. The Russian Federation*, No. AA 226, párrafos 1325 y ss.

⁴⁸⁸ CPA, laudos del 18 de julio de 2014, bajo las reglas CNUDMI de 1976, asuntos; *Yukos Universal Limited (isle of man) v. The Russian Federation*. No. AA 227, párrafos 1498 a 1506.

⁴⁸⁹ CPA. Laudo bajo las reglas CNUDMI de 1976, de fecha 29 de julio de 2014. *OAO Tatneft v. Ukraine*. No. 2008-8, párrafo 4.61.

⁴⁹⁰ CIADI, laudo del 25 de Noviembre de 2015, en el asunto: *Electrabel s.a. c. Hungary*, No. ARB/07/19, párrafos 132 a 220.

⁴⁹¹ CPA, bajo las reglas CNUDMI de 1976, del 25 de julio de 2016, en el asunto: *CC/DEVAS (Mauritius) LTD., Devas employees mauritius private limited., and Telecom devas mauritius limited vs. The Republic of India*, No. 2013-09, párrafo 414.

⁴⁹² CIADI. Laudo del 8 de julio de 2016, en el asunto *Philip Morris Brands SÀRL, y otros v República Oriental del Uruguay*. N° ARB/10/7, párrafos 306, 409, 410, 420.

⁴⁹³ ICSID. Laudo del 30 de octubre de 2017, en el asunto *Koch Minerals SÀRL y otro v The Bolivarian Republic of Venezuela*. No. ARB/11/19, párrafo 7.19 y ss.

⁴⁹⁴ CIADI, laudo del 22 de diciembre de 2017, en el asunto: *UAB Energija vs Republic of Latvia*, No. ARB/12/33, párrafo 804.

⁴⁹⁵ CIADI, laudo del 4 de Mayo de 2017, en el asunto: *Eiser Infrastructure Limited y Energia Solar Luxembourg S.À R.I. c. Reino de España*, No. ARB/13/36, párrafo 370.

⁴⁹⁶ CIADI, laudo del 15 de junio de 2018, en el asunto: *Antin vs Infrastructure Services Luxembourg s.à.r.l. and Antin Energia Termosolar b.v., vs. Kingdom of Spain*, No. ARB/13/31, párrafos 556 y ss.

⁴⁹⁷ Instituto de la Cámara de Comercio de Estocolmo-ICCE-, 14 de Noviembre de 2018, en el asunto: *Foresight Luxembourg Solar y otros vs. Kingdom of Spain*, No. V (2015/150), párrafo 377.

⁴⁹⁸ CIADI, laudo del 26 de julio de 2018, en el asunto: *Marfin Investment Group Holdings S.A., Alexandros Bakatselos and others vs. Republic of Cyprus*, No. ARB/13/27, párrafos 1211 a 1236

⁴⁹⁹ Instituto de la Cámara de Comercio de Estocolmo-ICCE-, 23 de diciembre de 2018, en el asunto: *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, (2015/063), párrafos 736 a 760.

⁵⁰⁰ CIADI, laudo del 31 de julio de 2019, en el asunto: *Soles badajoz GMBH vs Kingdom of Spain*. No. ARB/15/38, párrafo 308 y ss.

⁵⁰¹ CIADI. Decisión sobre responsabilidad y cuantía del 2 de diciembre de 2019, en el asunto: *Baywa r.e. renewable energy gmbh and baywa r.e. asset holding gmbh v. Kingdom of Spain*. No. Arb/15/16, párrafo 493.

⁵⁰² CIADI. Laudo del 21 de junio de 2019, en el asunto: *United Utilities (Tallinn) B.V. ; Aktsiaselts Tallinna Vesi v. Republic of Estonia*. No. ARB/14/24, párrafo 594.

⁵⁰³ CIADI, laudo en el asunto: *Soles badajoz GMBH vs Kingdom of Spain, loc.cit.*

RREEF. This Tribunal will therefore also consider proportionality, as formulated in Charanne, in considering Claimant's legitimate expectations"⁵⁰⁴.

Cabe anotar que, las decisiones arbitrales que son citadas, en los laudos arbitrales recientes, han sido proferidos en parte, con anterioridad al año 2014 y otra, en laudos más recientes⁵⁰⁵. Incluso, encontramos la referencia a las decisiones *R v Germany*⁵⁰⁶ y *Achmea*⁵⁰⁷, proferidas por el TJUE, en las que se aplicó el estándar de proporcionalidad.

Lo anterior significa que, el estándar de proporcionalidad tiene un lugar en las decisiones de los TAIE, gracias a su desarrollo en los laudos arbitrales precedentes y por tanto está en camino de consolidarse como un estándar proveniente de la costumbre del derecho internacional, en este caso, de los organismos internacionales, encargados de resolver diferencias. Si bien es cierto, el estándar de proporcionalidad no ha tenido la misma frecuencia de uso explícito, en la solución de diferencias de la OMC, también puede predicarse la existencia de la proporcionalidad, proveniente de la costumbre del derecho internacional, tal como veremos a continuación.

B. En los recientes informes del OSD

Como es bien sabido, el control de proporcionalidad se ha aplicado, de forma expresa, en dos decisiones concernientes a las medidas de salvaguardia comercial⁵⁰⁸. Con la decisión *Estados Unidos - Hilados de algodón*, el órgano de apelación abordó el tema dentro del análisis de los supuestos perjuicios graves causados a Pakistán, con la medida de salvaguardia de transición impuesta por los Estados Unidos. A pesar de que el asunto versaba sobre la vulneración de disposiciones del Acuerdo de Textiles y Vestidos, actualmente fuera de vigencia, la *ratio decidendi* de esa decisión, fue tomada por el OSD en el asunto *Estados Unidos - Tubos*

⁵⁰⁴ Párrafo 317.

⁵⁰⁵ Se trata de las decisiones, anteriormente citadas: *Tecmed, Occidental, El Paso, Asurix, LG&E, Saluka, Metanex, Charanne, Chemtura, Vladislav, Investmar, Yukos, Eiser, Novenergia, RREEF, Blusun, Metalpar, Phillip Morris, Isolux*. Cfr. con el capítulo 1, **supra**.

⁵⁰⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 7 de diciembre de 2010, en el asunto *R. v. Germany*, No. C-285/09, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document>.

⁵⁰⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 6 de marzo de 2018 en el asunto *Achmea*. No. C-284/16, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document>.

⁵⁰⁸ OMC. Informe del órgano de apelación del 8 de octubre de 2001, en el asunto *Estados Unidos - Medida de salvaguardia de transición aplicada a los hilados peinados de algodón procedentes del Pakistán*. No.WT/DS192/AB/R y, el Informe del órgano de apelación del 15 de febrero de 2002, en el asunto *Estados Unidos - medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea*. No.WT/DS202/AB/R.

al carbono⁵⁰⁹ y aplicada a este caso. De hecho, pareciera que el control de proporcionalidad tomara fuerza con esta última decisión, puesto que se dedicó un aparte específico del informe al análisis de la proporcionalidad de la medida de salvaguardia comercial⁵¹⁰. La diferencia se refería a la imposición, por parte de Estados Unidos, de una medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones coreanas de tubos al carbono soldados, de sección circular ‘tubos’, en contravía de lo dispuesto en el artículo 5, numeral 1, del Acuerdo sobre Salvaguardias.

Pues bien, al analizar los informes del grupo especial y el órgano de apelación, proferidos durante los últimos cinco años, constatamos que se han presentado varios casos, en relación con medidas de salvaguardia comercial, sin embargo, en ninguno de ellos se trataba la vulneración del numeral 1 del artículo 5 del Acuerdo sobre Salvaguardias. Por lo tanto, el OSD no se ha enfrentado a casos con similitud fáctico-jurídica, frente a los cuales pueda hacer uso de las decisiones en las que se trató la proporcionalidad de la medida de salvaguardia, antes mencionadas. Cabe agregar que tanto la decisión *Estados Unidos - Hilados de algodón*, como la decisión *Estados Unidos - Tubos al carbono*, han sido citadas con posterioridad, pero en relación con cuestiones distintas al análisis de proporcionalidad⁵¹¹.

Ahora bien, de las ciento cincuenta y tres decisiones, proferidas en el sistema de solución de diferencias de la OMC, en los últimos cinco años⁵¹², en sólo en once de ellas se mencionó, o abordó el estándar de proporcionalidad, respecto de medidas acusadas de vulnerar diferentes disposiciones de los Acuerdos de la OMC. Es decir que, el lugar del control de proporcionalidad expreso, en las decisiones del OSD está aún bastante limitado. En vista de la escasa frecuencia de uso, por el momento no estamos ante una jurisprudencia constante res-

⁵⁰⁹ Ver párrafos 253 y 256.

⁵¹⁰ OMC. Informe del grupo especial del 18 de agosto de 2017, en el asunto *Indonesia - Salvaguardia sobre determinados productos de hierro o acero*. WT/DS490/R y WT/DS496/R

⁵¹¹ Ver informe del grupo especial, del 19 de agosto de 2016, en el asunto *Federación de Rusia - medidas relativas a la importación de porcinos vivos, carne de porcino y otros productos de porcino procedentes de la Unión Europea*, WT/DS475/R en la que se menciona la decisión *Estados Unidos - hilados de algodón*, en el pie de página 369 de la página 1749. Así mismo, la decisión *Estados Unidos - Tubos*, es mencionada en los informes del grupo especial: del 30 de junio de 2010, en el asunto *Comunidades europeas y determinados Estados miembros - medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, WT/DS316/R, párrafo 7.2163, pie de página 6053, página 1205; Informe del grupo especial del 6 de diciembre de 2017, en el asunto *Estados Unidos - medidas antidumping y compensatorias sobre determinado papel estucado o cuché procedente de Indonesia*, WT/DS491/R, párrafo 7345, pie de página 609, página 131. En ninguno de los casos respecto del análisis de proporcionalidad de la medida de salvaguardia comercial.

⁵¹² Es decir, los informes proferidos por el grupo especial y el órgano de apelación que conocieron del fondo del asunto de prima facie, así como los proferidos en respuesta al recurso contenido en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Igualmente, hemos incluido los laudos arbitrales proferidos en desarrollo de los párrafos 3 c) del artículo 21 y 6 del artículo 22 del ESD, así como los informes de adición y corrección que tienen incidencia en el asunto de fondo de los informes iniciales.

pecto del uso expreso de la proporcionalidad. Sin embargo, puede estar formándose una, en vista que el estándar de proporcionalidad, en algunas ocasiones, ha sido aplicado en similares circunstancias fáctico-jurídicas. Además, el OSD ha tenido en cuenta la mención del estándar de proporcionalidad que ha hecho, en decisiones anteriores. Sobre este último punto, es importante aclarar que, presentaremos, a continuación, cada una de las decisiones del OSD que reconocen expresamente el estándar de proporcionalidad sin presentar los apartes de los informes que muestran el uso del precedente, teniendo en cuenta que, el contenido del estándar explícito de proporcionalidad será objeto de análisis posterior⁵¹³.

En efecto, respecto del uso del control de proporcionalidad, en casos con circunstancias fáctico-jurídica similares, lo observamos claramente en los informes: *Estados-Unidos-Animales*⁵¹⁴, *Federación de Rusia- Porcinos*⁵¹⁵; *Indonesia - carne de pollo*⁵¹⁶. En ellos el OSD analizó la vulneración al artículo 8 y el párrafo 1 a) del Anexo C del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias- en adelante -AMSF-. Según el párrafo 1, literal a) del Anexo C:

“1. Con respecto a todos los procedimientos para verificar y asegurar el cumplimiento de las medidas sanitarias y fitosanitarias, los Miembros se asegurarán: a) de que esos procedimientos se inicien y ultimen sin demoras indebidas y de manera que no sea menos favorable para los productos importados que para los productos nacionales similares⁵¹⁷”.

En los tres casos se menciona el estándar de proporcionalidad, en el procedimiento de medidas sanitarias y fitosanitarias. En todos los casos, se mencionó la ‘desproporción’ como parte de los conceptos asimilables a demoras indebidas. Así mismo, en las tres decisiones se tuvieron en cuenta los informes anteriores del órgano de apelación sobre el mismo tema: *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*⁵¹⁸ y el informe *Australia -*

⁵¹³ Cfr. Capítulo 3, *supra*.

⁵¹⁴ OMC. Informe del grupo especial, del 24 de julio de 2015, en el asunto Estados Unidos - medidas que afectan a las importaciones de animales, carne y otros productos del reino animal procedentes de la Argentina. No. WT/DS447/R, párrafo 7.129 y 7.162.

⁵¹⁵ OMC. Informe del grupo especial del 19 de agosto de 2016, en el asunto Federación de Rusia - medidas relativas a la importación de porcinos vivos, carne de porcino y otros productos de porcino procedentes de la Unión Europea. No. WT/DS475/R, párrafo 7.528 y ss.

⁵¹⁶ OMC. Informe del grupo especial, del 17 de octubre de 2017, en el asunto Indonesia - medidas relativas a la importación de carne de pollo y productos de pollo. No. WT/DS484/R, párrafo 7.526 y ss.

⁵¹⁷ Versión en español, disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/15-sps.pdf

⁵¹⁸ OMC. Informes del Grupo Especial, adoptados el 21 de noviembre de 2006, en el asunto *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*. Nos. WT/DS291/R / WT/DS292/R / WT/DS293/R, párrafo 7.1495.

*Manzanas*⁵¹⁹, en los que se hacía referencia al estándar de proporcionalidad sobre el mismo punto de derecho⁵²⁰.

También observamos el uso del estándar de proporcionalidad, en circunstancias fáctico-jurídicas similares, esta vez, respecto de la especificidad de las medidas de subvención, en los asuntos: *Estados Unidos-Grandes Aeronaves Civiles*⁵²¹; *Estados Unidos-Grandes Aeronaves (segunda reclamación)*⁵²² y, en la decisión del árbitro sobre el mismo asunto⁵²³; y en el asunto *Estados Unidos-Lavadoras*⁵²⁴. En los tres casos se analiza la supuesta vulneración al artículo 2, literal c) del párrafo 2.1, según el cual:

“Para determinar si una subvención, tal como se define en el párrafo 1 del artículo 1, es específica para una empresa o rama de producción o un grupo de empresas o ramas de producción (denominados en el presente Acuerdo "determinadas empresas") dentro de la jurisdicción de la autoridad otorgante, se aplicarán los principios siguientes: (...) c) Si hay razones para creer que la subvención puede en realidad ser específica aun cuando de la aplicación de los principios enunciados en los apartados a) y b) resulte una apariencia de no especificidad, podrán considerarse otros factores. Esos factores son los siguientes: la utilización de un programa de subvenciones por un número limitado de determinadas empresas, la utilización predominante por determinadas empresas, la concesión de cantidades desproporcionadamente elevadas de subvenciones a determinadas empresas, y la forma en que la autoridad otorgante haya ejercido facultades discrecionales en la decisión de conceder una subvención (...)”⁵²⁵.

De esas decisiones, sólo en el informe *Estados Unidos-Lavadoras*, encontramos que se citó la referencia al estándar de proporcionalidad, contenida en el informe del órgano de ape-

⁵¹⁹ OMC. Informe del Órgano de Apelación, adoptado el 17 de diciembre de 2010, en el asunto: *Medidas que afectan a la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia*. No. WT/DS367/AB/R, párrafo 437.

⁵²⁰ Ver los párrafos 7.129, 7.530 y 7.526, de los informes del OSD, en el siguiente orden: *Estados Unidos-Animales*; *Federación de Rusia- Porcinos*; e *Indonesia - carne de pollo*, respectivamente.

⁵²¹ OMC. Informe del órgano de apelación del 28 de marzo de 2019, en el asunto: *Estados Unidos - medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*. Recurso de la Unión Europea al párrafo 5 del artículo 21 del ESD. No. WT/DS353/AB/RW, párrafo 5.178 y 5.184.

⁵²² OMC. Informe del grupo especial del 9 de junio de 2017, en el asunto *Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*. Recurso de la unión europea al párrafo 5 del artículo 21 del ESD. No. WT/DS353/RW, párrafos 8.901 a 8.903 y 8.1072.

⁵²³ OMC. Decisión del árbitro, al recurso de los Estados Unidos al párrafo 6 del artículo 22 del ESD. del 13 de octubre de 2020, en el asunto: *Estados Unidos - medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*. No. WT/DS353/ARB, párrafos 6.323 y 6.324.

⁵²⁴ OMC. Informe del grupo especial, del 11 de marzo de 2016, en el asunto *Estados Unidos - Medidas antidumping y compensatorias sobre lavadoras de gran capacidad para uso doméstico procedentes de Corea*. No. WT/DS464/R, párrafos 7.215 y ss.

⁵²⁵ Versión en español, disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/24-scm.pdf

lación, asunto: *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, respecto de las medidas de subvención comercial⁵²⁶.

Igualmente, en otros dos informes recientes, se tuvo en cuenta el estándar de proporcionalidad reconocido en decisiones anteriores. Por una parte, en el asunto *China-Tierras raras*⁵²⁷, el grupo especial hizo mención a la desproporcionalidad de la medida, respecto de las medidas restrictivas a la importación de tierras raras, de conformidad con las excepciones contempladas en los literales b) y g) del artículo XX del GATT⁵²⁸. En medio de su análisis, se refirió al precedente sobre el estándar de proporcionalidad, contenido en las decisiones *EU-Camarones* y *EU-Gasolina*, respecto del artículo XX del GATT, literales b) y g). Por otra parte, en la decisión *Estados Unidos-Atún II*⁵²⁹, el órgano de apelación conoció del recurso presentado por México, respecto del régimen de etiquetado para los productos de atún mantenido por los Estados Unidos⁵³⁰, citando la referencia al estándar de proporcionalidad, en el asunto *Estados Unidos – EPO*⁵³¹, como parte de la motivación en el análisis de la desproporción de la medida estatal bajo estudio.

En otras decisiones se hace mención al estándar de proporcionalidad, sin tener en cuenta lo dicho en decisiones precedentes sobre el tema. Lo vemos en las decisiones: *China-Tubos Japón*⁵³², *Estados Unidos-Atún II*, *Recurso de Estados Unidos y México, de acuerdo con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD*⁵³³; *Estados Unidos-Grandes Aeronaves (segunda reclamación)*, *Recurso de Estados Unidos y México, de acuerdo con el párrafo 5 del artículo 21 del*

⁵²⁶ Ver párrafo 7.233. Además, citó las decisiones: Estados Unidos - Acero al carbono (India) y Estados Unidos - Acero al carbono (India) y CE y determinados Estados miembros – Grandes aeronaves civiles. Ver párrafos 7.234 y 7.235.

⁵²⁷ OMC. Informe del grupo especial en el asunto China - medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno, op.cit., párrafos 7.282 a 7.283 y 7.430.

⁵²⁸ OMC. Informes del grupo especial del 26 de marzo de 2014, en el asunto China - medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno. Nos. WT/DS431/R; WT/DS432/R y WT/DS433/R, párrafo 7.279.

⁵²⁹ OMC. Informe del órgano de apelación del 20 de noviembre de 2015, en el asunto Estados Unidos - medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de Atún. Recurso de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD. No. WT/DS381/AB/RW.

⁵³⁰ *Ibid.*, párrafo 7.97.

⁵³¹ En los pies de página 453 y 455 del párrafo 7.97 se citan los Informes del Órgano de Apelación, adoptados el 23 de julio de 2012, en el asunto *Estados Unidos – Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)*. Nos. WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R, párrafo 347.

⁵³² Ver párrafo 7.202

⁵³³ OMC. Informes del grupo especial, del 26 de octubre de 2017, en el asunto *Estados Unidos - medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún. Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*. Nos. WT/DS381/RW/USA y WT/DS381/RW2, párrafos 7.103, 7.123 y 7.126.

*ESD*⁵³⁴ y *decisión del árbitro*⁵³⁵. Sin embargo, en esos informes se hace mención al estándar de proporcionalidad de forma expresa, en medio del análisis de diferentes disposiciones de los Acuerdos de la OMC.

A pesar de que estamos ante solo once informes en los que se aplica la proporcionalidad, en medio del análisis de las disposiciones de los Acuerdos Marco de la OMC, el estándar ha circulado, a través de las citas que se hacen a informes anteriores, lo que demuestra su aceptación en el precedente o jurisprudencia constante del OSD de la OMC.

Así mismo, tanto las decisiones arbitrales de los TAIE, como los informes del OSD han aplicado el estándar de proporcionalidad, gracias a su inclusión como argumento de las partes, especialmente los inversionistas, quienes hacen referencia a la existencia de medidas estatales desproporcionadas, o bien, a la obligación estatal de tomar medidas proporcionadas. De esta manera, podemos afirmar que la proporcionalidad es un estándar jurídico proveniente de las decisiones de los organismos jurisdiccionales, respecto de las cuales se está construyendo una jurisprudencia constante sobre el control de proporcionalidad. Hasta el momento, su lugar no está consolidado como una fuente jurídica autónoma, sino que hace parte de las decisiones jurisdiccionales recientes.

La referencia expresa a la proporcionalidad, también la encontramos en los recientes tratados y acuerdos, con disposiciones en materia de comercio e inversiones con el Estado, tal como veremos, a continuación.

§ 2- La referencia a la proporcionalidad en las reglas convencionales recientes

Los estándares jurídicos también pueden estar presentes en las disposiciones convencionales. De hecho, la práctica estatal reciente, en materia convencional, nos muestra una estandarización de las reglas contenidas en acuerdos y tratados, respecto del comercio y las inversiones internacionales con el Estado⁵³⁶. Es decir que, una misma disposición se replica en el

⁵³⁴ OMC. Informe del grupo especial, en el asunto: *Estados Unidos - medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*. Recurso de la unión europea al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, del 9 de junio de 2017, WT/DS353/RW. Ver párrafos 8.901 a 8.903 y 8.1072.

⁵³⁵ OMC. Decisión del árbitro, al recurso de los Estados Unidos, párrafo 6 del artículo 22 del ESD, proferido el 13 de octubre de 2020, en el asunto: *Estados Unidos - medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*. No. WT/DS353/ARB, párrafos 6.323 y 6.324.

⁵³⁶ HORCHANI Ferhat, « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », *JDI*, 2004, n° 2, pp. 367-417, p.367.

modelo de acuerdo o tratado que haya definido un Estado o grupo de Estados, para la relación de comercio e inversiones con los otros sujetos del derecho internacional⁵³⁷.

En materia de comercio internacional con el Estado, además de los sesenta Acuerdos Marco de la OMC⁵³⁸, se han suscrito más de cuatrocientos ochenta Acuerdos Comerciales Regionales -ACR-, notificados a la OMC⁵³⁹. Respecto de las inversiones internacionales con el Estado, se han firmado más de dos mil TBI's, y más de trescientos noventa tratados, con disposiciones sobre inversiones con el Estado⁵⁴⁰. Es innegable, « *l'extraordinaire développement du nombre des traités bilatéraux concernant la promotion et la protection des investissements*⁵⁴¹ ». Así mismo, « *the common core of BIT scan now be considered to be indicative of state practice and customary international law* ». De hecho, las reglas convencionales han tendido a una estandarización generalizada, gracias a los modelos de TBI's que existen en cada país y, ahora también, región de países⁵⁴².

Dentro de esos acuerdos y tratados internacionales, en materia de inversiones con el Estado, se incluyen con frecuencia, las siguientes disposiciones: el estándar de tratamiento nacional, el estándar de la nación más favorecida, el estándar de tratamiento justo y equitativo, el de seguridad y protección plenas, prohibición de medidas irracionales, arbitrarias y discriminatorias. Así mismo, respecto de la expropiación, el estándar legalidad de la expropiación y el estándar de expropiación indirecta. Otros estándares que han tomado fuerza en los tratados y acuerdos recientes son: el de transparencia, salud y medio ambiente, estándar laboral, derecho a regular, responsabilidad social corporativa, corrupción, promoción de las inversiones internacionales, entre otros. Así mismo, encontramos excepciones en los tratados: la excepción de seguridad esencial; las excepciones relacionadas con las políticas públicas generales, tales como: salud pública y medio ambiente; orden público; herencia cultural, entre otras⁵⁴³.

⁵³⁷ LAGELLE Anaïs, *op. cit.*, p. 190.

⁵³⁸ Incluidas las decisiones, protocolos y anexos, resultado de la Ronda de Uruguay. Disponibles en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm

⁵³⁹ Cifras extraídas de la página web de la OMC. Información disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/rta_plurilateral_map_s.htm

⁵⁴⁰ *Ibid.*

⁵⁴¹ LAGELLE Anaïs, *op. cit.*, p. 191.

⁵⁴² Por ejemplo, los modelos de Acuerdos de asociación económica suscritos por la UE con Georgia, Moldova y Ucrania en 2014, ver introducción del capítulo, *supra*.

⁵⁴³ Información consultada en diciembre de 2020, en la página web: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>

En cuanto al estándar de proporcionalidad, durante los últimos cinco años, además de algunas disposiciones de los Acuerdos Marco, encontramos una referencia explícita, en algunos de los sesenta ACR, suscritos en los últimos cinco años y notificados a la OMC (A). Así mismo, encontramos referencias expresas al estándar de proporcionalidad, en parte de los cuatrocientos TBI's y Acuerdos internacionales con disposiciones en materia de inversiones con el Estado, que han sido suscritos a partir del año 2014 (B).

A. En los acuerdos y tratados de comercio internacional con el Estado

A pesar de que el principio de proporcionalidad no hace parte de los pilares fundamentales de la OMC⁵⁴⁴, encontramos referencias al estándar de proporcionalidad en algunas disposiciones de los Acuerdos Marco. Por ejemplo, en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas compensatorias, en adelante, -ASMC-, el artículo 2.1 establece que:

“Para determinar si una subvención, tal como se define en el párrafo 1 del artículo 1, es específica para una empresa o rama de producción o un grupo de empresas o ramas de producción (denominados en el presente Acuerdo "determinadas empresas") dentro de la jurisdicción de la autoridad otorgante, se aplicarán los principios siguientes: (...) (c): “(...) la concesión de cantidades desproporcionadamente elevadas de subvenciones a determinadas empresas, y la forma en que la autoridad otorgante haya ejercido facultades discrecionales en la decisión de conceder una subvención⁵⁴⁵”.

Es decir que, la proporcionalidad es un estándar que permite determinar si una subvención es o no específica, a la luz de lo dispuesto en el ASMC. Del mismo modo, en materia de contramedidas, el artículo 4 hace referencia a las acciones que puede tomar un Estado Miembro, en caso de que otro Miembro conceda o haya mantenido una subvención prohibida. Según el numeral 10 de dicho artículo, en caso de que no se cumpla la recomendación del OSD, en los plazos otorgados para ello, el OSD de la OMC “*autorizará al Miembro reclamante a adoptar contramedidas apropiadas*⁵⁴⁶”. Según el pie de página 9 de dicho artículo: “*Este término no permite la aplicación de contramedidas desproporcionadas sobre la base de que las subvenciones a que se refieren las disposiciones del presente artículo están*

⁵⁴⁴ DESMEDT, *op.cit.*, p. 441.

⁵⁴⁵ Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/24-scm.pdf

⁵⁴⁶ Artículo 4, numeral 10, ASMC. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/24-scm.pdf

*prohibidas*⁵⁴⁷”. Similar disposición encontramos en el numeral 4.11, con una réplica en el pie de página 10, del Acuerdo SMC.

Así mismo, el estándar de proporcionalidad está presente en el Acuerdo SCM, respecto a las contramedidas, de las que tratan los artículos 7.9 y 7.10. Del mismo modo, se hace referencia al estándar de proporcionalidad en el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, en adelante-ADPIC⁵⁴⁸-, tanto en el pie de página 32 del numeral 8.2, letra b, inciso ii), como en el artículo 47 de dicho Acuerdo y en en el artículo 8 y el párrafo 1 a), Anexo C, del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias- en adelante -AMSF-. En ningún otro Acuerdo Marco de la OMC se hace referencia textual al estándar de proporcionalidad.

En cuanto a los tratados y acuerdos internacionales recientes, con disposiciones en materia de comercio internacional con el Estado, también encontramos algunas disposiciones en las que se hace mención explícita al estándar de proporcionalidad. Por ejemplo, en el artículo 9, del Acuerdo de Asociación Económica entre la UE y Ucrania (2014), se ordenó el estudio de la proporcionalidad, en estos términos:

“Article 9. Safeguard measures – procedures (...)

7. If, notwithstanding the application of paragraph 6, no mutually acceptable solution can be found within 6 months and the safeguard measure creates an imbalance between the rights and obligations of the Parties in the sector concerned, the Party concerned may take such proportionate rebalancing measures as strictly necessary to remedy the imbalance. Priority shall be given to such measures as will least disturb the functioning of the Chapter 6 (Establishment, Trade in Services and Electronic Commerce) of Title IV of this Agreement, this Annex and its Appendices⁵⁴⁹”.

Dicho de otra manera, el estándar de proporcionalidad hace parte del control de las medidas estatales de salvaguardia comercial. Así mismo, el estándar de proporcionalidad hace parte de los requisitos que deben cumplir las partes firmantes, en caso de tomar contramedidas comerciales. Por ejemplo, en el tratado firmado entre Canadá y Corea⁵⁵⁰, el numeral 3, del

⁵⁴⁷ *Ibid.*

⁵⁴⁸ Anexo 1C del GATT, modificado el 23 de enero de 2017, disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/t_agm0_s.htm

⁵⁴⁹ Acuerdo de Asociación Económica entre la Unión Europea, la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y por la otra, la República de Ucrania, suscrito el 27 de junio de 2014.

⁵⁵⁰ Acuerdo de libre comercio firmado entre Canadá y Corea, el 22 de septiembre de 2014.

artículo 16.13, relativo a la aplicación de los derechos de propiedad intelectual establece que: “*In implementing this Chapter, each Party shall take into account the need for proportionality between the seriousness of the infringement, the interests of third parties, and the applicable measures, remedies, and penalties*”⁵⁵¹.

A continuación, identificaremos las disposiciones que hacen referencia explícita a la proporcionalidad, en los acuerdos y tratados internacionales, en materia de comercio con el Estado, teniendo en cuenta que su contenido, será tratado, más adelante⁵⁵².

En primer lugar, encontramos la referencia al estándar de proporcionalidad en el artículo 105, del modelo de asociación económica entre la UE y Kazakhstan (2015)⁵⁵³, como requisito a cumplir, en caso de perjuicio causado por una de las partes. Luego, encontramos la referencia al estándar de proporcionalidad en el artículo 159 del mismo tratado, respecto de los subsidios comerciales. En este caso, el estándar de proporcionalidad hace parte de las condiciones a tener en cuenta en la valoración de los efectos negativos que los subsidios generan en la otra parte firmante del tratado⁵⁵⁴.

En segundo lugar, se hace referencia al estándar de proporcionalidad, en el artículo 56 literal e), del Tratado suscrito entre la UE y el grupo EPA-SADC en 2016, relativo a las medidas que crean barreras técnicas al comercio⁵⁵⁵. En tercer lugar, en el artículo 261 del Tratado de Asociación económica CEPA-Armenia (2017), en relación con el pago de compensaciones pecuniarias, en caso de perjuicio a la otra parte firmante⁵⁵⁶. Al igual que en el Acuerdo entre la UE y Ucrania, en el artículo 274 del Tratado de Asociación económica CEPA-Armenia, se hace referencia al estándar de proporcionalidad, en la valoración de los efectos negativos que los subsidios generan en la otra parte firmante del tratado⁵⁵⁷.

⁵⁵¹ *Ibid.*, página 16-13.

⁵⁵² Cfr. capítulo 3, *infra*.

⁵⁵³ Tratado bilateral de inversiones entre la Unión Europea y Kazakhstan, firmado 21 de diciembre de 2015. Artículo 105. *Alternative measures*, página L-29/44.

⁵⁵⁴ *Ibid.* Artículo 159, página L-29/75.

⁵⁵⁵ Tratado de asociación económica, firmado el 10 de junio de 2016, entre la UE y los Estados del Acuerdo de Asociación Económica-EPA- de la Comunidad de Desarrollo del África Meridional, -SADC-, es decir: La República de Botswana, el Reino de Lesotho, la República de Mozambique, la república de Namibia, la república de Sudáfrica y el Reino de Suazilandia.

⁵⁵⁶ Tratado suscrito entre algunos miembros de la UE, Armenia y los Estados de Comunidad Europea de Energía Atómica -CEPA- el 24 de Noviembre de 2017. Artículo 261. *Alternative measures*, página AM/EU/en 238.

⁵⁵⁷ *Ibid.* Artículo 294, página AM/EU/en 274.

En tercer lugar, en el TBI entre Brazil y Chile (2018) el estándar de proporcionalidad permite determinar si se está o no ante una barrera arancelaria. Las Partes reconocen que las barreras no arancelarias representan una carga desproporcionada para las MIPYMEs⁵⁵⁸. Finalmente, el estándar de proporcionalidad está expresamente reconocido, en el artículo 159 del tratado CAREFORUM y el Reino Unido (2019)⁵⁵⁹.

Así las cosas, en lugar de una fuente jurídica autónoma, la proporcionalidad es actualmente un estándar jurídico presente al interior de disposiciones convencionales del derecho de comercio internacional con el Estado. Lo mismo ocurre con los TBI's y Acuerdos Internacionales con disposiciones sobre inversiones internacionales con el Estado.

B. En las disposiciones sobre inversiones internacionales con el Estado

i

En varios de los tratados y acuerdos firmados en los últimos cinco años, se exige al Estado anfitrión que tome medidas proporcionadas, respecto de los derechos de los inversionistas internacionales. Los mencionaremos, a continuación, en orden cronológico.

En el año 2014, encontramos el TBI suscrito entre Colombia y Francia, que establece el estándar de proporcionalidad en el artículo 5, relativo al estándar de Trato Nacional y la Nación más favorecida. De hecho, en el numeral 3 exige que, las medidas que tomen los Estados a favor del orden público, deberán ser “justificadas, necesarias y proporcionales al objetivo buscado”⁵⁶⁰. Así mismo, en relación con la expropiación indirecta, el mencionado TBI establece que, no constituyen medidas de expropiación indirecta aquellas medidas que “sean necesarias y proporcionales (...), de tal de forma que respondan efectivamente a los objetivos de política pública para los que fueron diseñadas⁵⁶¹”. Similares disposiciones las encontramos en el literal d, del Anexo 10.11, sobre Expropiación e Indemnización del TBI entre México y

⁵⁵⁸ Ver: el capítulo 14, numeral 2, artículo 14.1. Micro, Pequeñas y Medianas Empresas y Emprendedores del Tratado bilateral de inversiones entre Brazil y Chile, firmado el 21 de Noviembre de 2018, página sin numeración.

⁵⁵⁹ Tratado de Asociación Económica, firmado el 22 de marzo de 2019, entre el Reino Unido y los Estados miembros del CARIFORUM, esto es: Antigua y Barbuda, la Comunidad de las Bahamas, Barbados, Belice, la Comunidad de Dominica, la República Dominicana, Granada, la República de Guyana, la República de Haití, Jamaica, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, la República de Surinam, la República de Trinidad y Tobago. Ver el artículo 159. *Alternative measures*. Página 53.

⁵⁶⁰ Artículo 5 del Tratado bilateral de inversiones firmado entre Colombia y Francia firmado el 10 de julio de 2014.

⁵⁶¹ Artículo 106, *Ibid*.

Panamá⁵⁶². Del mismo modo, encontramos el estándar de proporcionalidad en el literal b) del Anexo sobre expropiación, del Tratado entre Corea y Myanmar⁵⁶³ y en el artículo 8, numeral 3, literal c) del Tratado entre la AESAN e India⁵⁶⁴. Igualmente, en el artículo 4 del Protocolo del Tratado Bilateral de Inversiones entre Corea y Kenia⁵⁶⁵.

En los años 2014-2015, encontramos que, en algunos Tratados bilaterales de inversión y de libre comercio, firmados por Corea, se hace referencia a las medidas desproporcionadas como parte de la determinación de la expropiación indirecta a los derechos de los inversionistas. Por ejemplo, en el Anexo sobre expropiaciones, capítulo de inversiones, del Tratado firmado entre Australia y Corea⁵⁶⁶. Igualmente, en los Tratados de libre comercio, firmados por Corea en el año 2015 con los países: China⁵⁶⁷, Vietnam⁵⁶⁸ y Turquía⁵⁶⁹. Es decir que, según esas disposiciones, las medidas con las que el Estado busque proteger objetivos legítimos y con las que se limiten los derechos del inversionista, serán consideradas como de expropiación indirecta, si y solo si, se traducen en acciones extremadamente severas o desproporcionadas. En el 2015, encontramos otros tratados con disposiciones similares, como es el caso del literal c), artículo 3 del Tratado entre Corea y Nueva Zelanda⁵⁷⁰. En el año 2015, también encontramos la referencia al estándar de proporcionalidad en el capítulo de Inversiones del Tratado de libre comercio entre Honduras y Perú (2015)⁵⁷¹ y, en el artículo 5 del Tratado bilateral de inversiones, firmado entre Japón e Uruguay (2015)⁵⁷².

⁵⁶² Tratado de libre comercio entre México y Panamá, firmado el 3 de abril de 2014 y vigente a partir del 1 de julio del mismo año. *Capítulo Inversiones*.

⁵⁶³ Tratado de libre comercio firmado entre Corea y Myanmar el 5 de junio de 2014 y vigente a partir del 31 de octubre de 2018. *Annex. Expropriation*.

⁵⁶⁴ Acuerdo de inversión bajo el acuerdo marco sobre integral cooperación económica entre la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático-AESAN- e India, firmado el 12 de Noviembre de 2014, *artículo 8. Expropriation and Compensation*.

⁵⁶⁵ *Protocol to the Agreement on the Promotion and Protection of Investments between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Republic of Kenya*, firmado el 8 de Julio de 2014 y vigente a partir del 3 de mayo de 2017, página 45.

⁵⁶⁶ Tratado de libre comercio firmado entre Australia y Corea, el 8 de abril de 2014. *Chapter 11. Investment. Anexo 11B. Expropriation*, pie de página 53.

⁵⁶⁷ Tratado de libre comercio entre China y Corea suscrito el 1 de Junio de 2015. *Anex 12-B. Expropriation*.

⁵⁶⁸ Tratado de libre comercio suscrito entre Corea y Vietnam el 5 de mayo de 2015. *Chapter Investments. Annex 9-b. Expropriation*.

⁵⁶⁹ Tratado de libre comercio suscrito entre Corea y Turquía el 26 de febrero de 2015. *Annex B. Expropriation*.

⁵⁷⁰ Tratado de libre comercio entre Corea y Nueva Zelanda, firmado el 23 de Marzo de 2015. *Annex 10-B. Expropriation*.

⁵⁷¹ Tratado de libre comercio entre Honduras y Perú, firmado el 29 de mayo de 2015. *Capítulo Inversiones. Anexo 12.10: expropiación*. En el pie de página 14: "Para mayor certeza, la lista de legítimos objetivos de bienestar público en este subpárrafo no es exhaustiva".

⁵⁷² Tratado bilateral de inversiones Japón-Uruguay, suscrito el 26 de Enero de 2015.

En el año 2015, también encontramos referencias al estándar de proporcionalidad en relación con las expectativas legítimas del inversionista, como parte del estándar de tratamiento justo y equitativo. Por ejemplo, en el Anexo 12-B., relativo a Expropiaciones, del Capítulo de inversiones entre China y Corea (2015), en el literal ii) se crea la obligación de tomar medidas razonables, en relación con las expectativas legítimas del inversionista, y en el literal iii) se pide que las acciones del Estado receptor de las inversiones, sean proporcionales a los objetivos perseguidos⁵⁷³.

En el año 2016, el estándar de proporcionalidad fue incluido en el Tratado comercial firmado entre Canadá y algunos países de la Unión Europea. Según los artículos 13.16.1 y 13.16.2., si la medida estatal es manifiestamente desproporcionada y arbitraria, se considerará violatoria de las disposiciones sobre protección de las inversiones y sistema financiero⁵⁷⁴. En cambio, en el 2017, el estándar de proporcionalidad es reconocido, en materia de expropiación indirecta, tanto en el artículo 9 del TBI entre Rwanda y Emiratos Arabes⁵⁷⁵, como en el tratado entre la AESAN y las Naciones de Hong Kong y China⁵⁷⁶. Así mismo, se hace referencia a las medidas proporcionadas, como parte del análisis de la expropiación indirecta, en el Anexo 10.11, Capítulo de Inversiones, del Tratado comercial USMCA, es decir, suscrito entre Estados Unidos, Mexico y Canadá⁵⁷⁷. Finalmente, en el 2020, encontramos la referencia al estándar de proporcionalidad, en materia de expropiación indirecta, en el TBI suscrito entre Japón y Marruecos⁵⁷⁸.

De acuerdo con lo antes visto, el estándar de proporcionalidad hace parte de las disposiciones convencionales recientes, en materia de inversiones internacionales con el Estado. Si bien no se cuenta con un reconocimiento convencional expreso como ‘principio’ de proporcionalidad, el ingreso, cada vez más frecuente en esta fuente jurídica del derecho internacional nos muestra el potencial de evolución del estándar de proporcionalidad, pudiéndose a futuro

⁵⁷³ Tratado de libre comercio entre China y Corea suscrito el 1 de Junio de 2015.

⁵⁷⁴ Tratado comercial CETA entre algunos países de la UE y Canadá, firmado el 30 de Octubre de 2016, aún no vigente. *Annex 13-b. Understanding on the application of articles 13.16.1 and 13.21. High level principles*, p. 386.

⁵⁷⁵ Tratado bilateral de inversiones firmado el 1 de noviembre de 2017, página 9.

⁵⁷⁶ Acuerdo sobre Inversiones entre los gobiernos de la región administrativa especial de Hong Kong de la República Popular China y los estados miembros de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, firmado el 12 de Noviembre de 2017. *Annex 2. Expropriation and Compensation*, p. 38.

⁵⁷⁷ Tratado de libre comercio firmado el 30 de Noviembre de 2018. Página 10-33.

⁵⁷⁸ Tratado bilateral de inversiones firmado el 18 de enero de 2020. Artículo 3, literal c) del Anexo sobre el artículo 9.

aplicar con mayor frecuencia e incluso como una fuente jurídica autónoma. Todo dependerá de la interpretación de los organismos jurisdiccionales encargados de la solución de diferencias.

Conclusiones del capítulo

El principio de proporcionalidad existe en el derecho internacional económico, pero hasta el momento, su reconocimiento es precario. Para una parte de la doctrina, la proporcionalidad no debería ser aplicada en el contexto jurídico de la OMC y de las inversiones internacionales con el Estado. Así mismo, ante las oportunidades de pronunciamiento explícito respecto del ‘principio’ de proporcionalidad, en el caso concreto, los organismos encargados de la solución de diferencias, han optado por no incluirlo en sus razonamientos. Si bien es una opción jurídica y legítima, el silencio del OSD y de los TAIIE es una pérdida de oportunidad para el afianzamiento de la proporcionalidad, como principio general en el derecho internacional económico.

En lugar de una fuente jurídica autónoma, actualmente la proporcionalidad está presente, en las reglas convencionales y en algunas decisiones jurisdiccionales, como un estándar jurídico de control. Para Xavier PHILLIPE : « *Le contrôle de proportionnalité se décompose en deux axes : le contrôle de la proportionnalité (proportionnalité normative) », elle « est imposée au juge et se trouve contenue dans l’obligation générée par une norme », et « le contrôle de proportionnalité (proportionnalité interprétative ou technique de contrôle) », « dégagée ou créée par le juge pour lui permettre d’exercer son contrôle »⁵⁷⁹.*

De hecho, las decisiones recientes del OSD y de los TAIIE dan cuenta de la existencia de una jurisprudencia constante en relación con el estándar de proporcionalidad , lo que permite consolidar la existencia de un estándar jurídico de proporcionalidad. Entonces, la proporcionalidad parece no necesitar del soporte de un principio general para que exista en el derecho internacional económico.

Así mismo, la inclusión de la proporcionalidad, en los recientes tratados y acuerdos internacionales, nos muestra su carácter evolutivo, esperando que su estipulación en las reglas convencionales, conlleve a una aplicación futura más frecuente.

⁵⁷⁹ PHILIPPE Xavier, “Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l’exemple du contentieux constitutionnel”; Rapport au colloque « Les figures du contrôle de proportionnalité », organisé à la Faculté de droit et de Science Politique, Université « Paul Cézanne » Aix-Marseille III le 4 et 5 juin 2007; pp: 20-40, p. 27.

Así las cosas, a pesar de que el principio de proporcionalidad no se ha consolidado, hasta el momento, como una fuente jurídica autónoma y que, el reconocimiento del estándar de proporcionalidad en las fuentes del derecho internacional económico, es reciente y no es generalizado, su aceptación hace parte de la construcción jurídica, tanto de una jurisprudencia constante, como de un mandato con potencial de aplicación futura.

Conclusiones del Título I

La forma del principio de proporcionalidad admite más de una visión concreta. De hecho, la inexistencia de un estatus jurídico satisfactorio muestra la naturaleza jurídica variable de la proporcionalidad, en el derecho internacional económico. En virtud que, la metodología para identificar los principios generales en el derecho internacional, sigue siendo objeto de discusión, no es posible afirmar con vehemencia su carácter de principio general ‘de’ derecho o de principio general ‘del’ derecho internacional. De hecho, puede ser considerada, al mismo tiempo, un principio general y un estándar jurídico de control.

Así se observa en el derecho de la OMC, donde las referencias a la proporcionalidad parecen asimilarse más a un estándar jurídico que a un principio general de derecho, a la luz del artículo 38 del estatuto de la CIJ. En cambio, en el derecho de las inversiones internacionales con el Estado, la proporcionalidad ha sido aplicada con mayor frecuencia, y se ha manifestado en forma de test de proporcionalidad, como principio general y como estándar presente en las decisiones jurisdiccionales y en las reglas convencionales.

A pesar de que no puede delimitarse su forma a los contornos de un principio general ‘de’ derecho, la proporcionalidad es un principio en constante transformación o evolución, “*c'est un principe à part entière tout en étant un outil de contrôle*”⁵⁸⁰. Es decir que, la inexistencia de un estatus jurídico insatisfactorio no impide su consolidación futura, tomando o bien la forma de un principio general ‘de’ derecho o bien, manteniendo algunas de las características de los principios generales ‘del’ derecho internacional.

Por el momento, podemos afirmar que la proporcionalidad es un estándar jurídico cuya forma es poliédrica. ¿Cuál será, entonces, el contenido actual, de la proporcionalidad en el DIE?

⁵⁸⁰ SUDRE Frédéric, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », in *La semaine juridique-générale*, n° 11, 2017, pp. 503-513, p. 503.

TITULO II - LA EXISTENCIA DE UNA NOCIÓN JURÍDICA CON GEOMETRÍA VARIABLE

Los contornos actuales del principio de proporcionalidad nos muestran que, a pesar de que no se cuenta con un estatus jurídico satisfactorio, la noción de proporcionalidad existe y se manifiesta en el derecho del comercio y las inversiones internacionales con el Estado. De hecho, su existencia no se prueba, solamente, con las ocasiones en las que se hace un reconocimiento expreso de la proporcionalidad, bien sea en la forma de un principio o en la forma de un estándar jurídico. Las nociones jurídicas también existen, cada vez que la esencia o el contenido hacen parte del razonamiento jurisdiccional, así no se diga abiertamente.

Cierto, la proporcionalidad requiere de las circunstancias fácticas específicas del caso concreto para que su contenido se manifieste de manera clara. Sin embargo, los elementos que hacen parte de la noción, también se hacen visibles en la forma en la que fue incluida la proporcionalidad en las reglas convencionales, en las decisiones precedentes sobre circunstancias jurídicas similares y en las reflexiones que la doctrina ha hecho sobre su concepto. De hecho, la proporcionalidad es un concepto jurídico amplio, que hace caer « *leur contenu général dans des propositions normatives plus concrètes que le législateur, la pratique ou la science du droit auront pour souci de présenter comme leurs notions dérivées. Il s'agit ici de la concrétisation du principe* ». ⁵⁸¹

Así las cosas, revisaremos los elementos que hacen parte del contenido de la noción de proporcionalidad, tanto en su manifestación explícita (**Capítulo 3**), como en su manifestación tácita (**Capítulo 4**).

⁵⁸¹ KOLB, La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions : essai de clarification conceptuelle, *op.cit.*, p. 382.

Capítulo 3. La proporcionalidad como noción jurídica explícita

Como es bien sabido, no existe una única concepción y significado de la proporcionalidad, de hecho, *“the meaning of the proportionality principle is not universally settled. According to the legal area at stake (e.g. administrative law, European law, human rights, international law), the proportionality principle will be applied and interpreted differently”*⁵⁸².

Sin embargo, la polisemia no es un carácter propio de la proporcionalidad, sino también de otras nociones jurídicas indeterminadas. En el derecho internacional público, encontramos este tipo de nociones, donde, *«l'accord ne se fait que sur des valeurs abstraites; on laisse à chaque interprète le soin de réaliser des applications concrètes dont on sait pertinemment qu'elles seront extrêmement diversifiées. Il en est ainsi pour des notions comme la bonne foi, l'équitable », la proportionnalité... ou le «raisonnable »*».⁵⁸³ Las nociones jurídicas indeterminadas, pueden presentarse en forma de estándar o de principio jurídico y están contempladas en las normas internacionales, con el fin de hacer mas flexible la interpretación de su contenido, en función de las circunstancias del caso concreto. A pesar de su indeterminación, si la noción ha sido incluido en el texto jurídico, en consecuencia, adquiere fuerza jurídica. Es decir, *« même si un texte est ambigu, il possède toujours une force obligatoire fondamentale indépendamment du fait de savoir si oui ou non son contenu est considéré à certains égards comme satisfaisant. En ce sens, l'autorité des textes juridiques ne dépend pas de son contenu »*⁵⁸⁴.

Si bien es cierto que, el contenido de una noción jurídica es determinado, en la mayoría de ocasiones por el juez o árbitro, éstos lo deben hacer, dentro de los límites de la interpretación de la regla convencional, en medio del ejercicio de confrontación entre el supuesto normativo y los hechos probados y bajo la razonabilidad de la argumentación jurídica.

⁵⁸² DESMEDT Alex, « Proportionality in WTO Law », in *Journal of International Economic Law*, vol. 4, n°3, 2001, pp. 441-480, p. 443.

⁵⁸³ CORTEN Olivier, *L'utilisation du raisonnable par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997 718 p., p. 345.

⁵⁸⁴ AARNIO Aulis, WARLAND Geneviève, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit. La pensée juridique moderne*, E. Story scientia-L.G.D.J., Bruxelles-Paris, 1992, 303 p. P: 115.

Así mismo, el juez o árbitro internacional pueden tener en cuenta elementos axiológicos, siempre que el contenido de la noción no contraría la voluntad de los Estados. En efecto, el TIJ, en la segunda fase del asunto, *Affaire du Sud-Ouest africain*, hizo la aclaración con estos términos: el juez «*ne peut tenir compte de principes moraux que dans la mesure où on leur a donné une forme juridique suffisante. Le droit, dit-on, répond à une nécessité sociale, mais c'est précisément pour cette raison qu'il ne peut y répondre que dans le cadre et à l'intérieur des limites de la discipline qu'il institue*⁵⁸⁵». Es decir que, el contenido de la noción jurídica de proporcionalidad debe determinarse conforme y dentro de los límites del derecho internacional positivo, de tal manera que, no será determinado por lo que el juez o árbitro estime que es proporcional, sino por lo que el derecho internacional considere como tal.

En el derecho internacional económico, el contenido del principio de proporcionalidad generalmente es indeterminado, es decir que, su definición se pospone al momento en el que el conflicto jurídico será resuelto. Así las cosas, el árbitro internacional deberá determinar, en cada caso concreto, “*par rapport à quoi l'équivalence ou la proportionnalité doivent être appréciées, comment on appréciera l'équilibre entre des intérêts qui relèvent le plus souvent de besoins distincts: comment on mesurera l'adéquation des moyens aux fins alors que moyens et fins sont fonction de questions d'opportunité. A vrai dire, ce qui caractérise de telles notions c'est qu'elles sont par essence indéfinissables de manière objective*”⁵⁸⁶.

Con base en lo anterior, el significado de la proporcionalidad dependerá de la interpretación jurisdiccional del texto convencional, que podría variar, de acuerdo con las circunstancias fáctico-jurídicas de cada caso concreto. Además, el juez no está obligado a seguir un precedente, de manera que, haciendo uso de su discrecionalidad, puede atarse o no a lo dicho en decisiones anteriores, o bien, crear su propio concepto de proporcionalidad, que aplicará al caso *sub judice*.

⁵⁸⁵ TIJ. Decisión del 18 de julio de 1966. Caso *Etiopia c. Africa del Sur*. Recueil 1966, p. 34, párrafo 49. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/46>

⁵⁸⁶ SALMON, Jean “Les notions à contenu variable en droit international public” in PERELMAN, Chaïm, VANDER ELST, Raymond (Ed); *Les Notions à contenu variable en droit. Travaux du Centre national de recherches de logique*. Bruylant, Bruxelles, 1984, pp. 264-265.

De manera que, determinar la definición concreta del estándar de proporcionalidad, limitaría su carácter evolutivo, además de que perdería rápidamente su vigencia. En lugar de ello, resultaría más interesante, extraer los elementos que hacen parte del contenido de la proporcionalidad, a partir de las manifestaciones expresas de esta noción, en las reglas convencionales y en la práctica jurisdiccional reciente. Cabe anotar que, el legitimado para interpretar los tratados y acuerdos es el juez o árbitro internacional, entonces, haremos una interpretación del sentido del estándar de proporcionalidad, de acuerdo con lo que nos indica la literalidad del texto jurídico. Si bien, podríamos buscar el contenido de la proporcionalidad en la doctrina del derecho internacional económico, dejaremos su análisis al momento de abordar la manifestación implícita de la proporcionalidad⁵⁸⁷. Por el momento, nos concentraremos en las manifestaciones textuales del estándar de proporcionalidad, tanto en las reglas convencionales como, en la interpretación jurisdiccional reciente, teniendo en cuenta que nos presentan los elementos de una noción actual y normativa del estándar de proporcionalidad.

En efecto, el estándar jurídico de proporcionalidad es una noción con geometría variable, que se manifiesta de forma explícita, bien sea como una noción jurídica autónoma, o bien como una noción que interactúa con otros principios o estándares jurídicos. Los diferentes contenidos que puede adquirir el estándar de proporcionalidad llevan a definir dos perspectivas en las que es posible abordar el análisis de la proporcionalidad. Por una parte, la proporcionalidad, desde una visión negativa (Sección 1) y, por otra, la proporcionalidad, desde una configuración positiva (Sección 2). Si bien es cierto que, tal como veremos, se hace referencia a la proporcionalidad negativa o a la positiva, en la misma disposición normativa o decisión jurisdiccional, la anterior división es una propuesta intelectual que nos permite tener en cuenta la interacción con nociones jurídicas cercanas.

Sección 1. La proporcionalidad desde una perspectiva negativa

Según el diccionario de la Real Academia Española, la desproporción significa la falta de proporción debida⁵⁸⁸. En el derecho público interno, durante muchos años, el concepto de proporcionalidad se limitó a una visión negativa del mismo, o control de la desproporción. En

⁵⁸⁷ De hecho, la doctrina cumple una función más adecuada en la búsqueda del significado de la proporcionalidad implícita, que veremos más adelante. Cfr. capítulo 4, *infra*.

⁵⁸⁸ Diccionario de la Real Academia Española, versión electrónica: <https://dle.rae.es/desproporci%C3%B3n>

efecto, el control de la desproporción surgió a través de la revisión judicial a los abusos y arbitrariedades cometidos por las autoridades estatales. Para BELLEY, «*le juge intervient en effet uniquement pour corriger la disproportion manifeste*»⁵⁸⁹. Así mismo, en el derecho de la Unión Europea, “*proportionality review has become deeply intertwined with the central nervous system of the EU as the key limit of lawful government authority.*”⁵⁹⁰.

Esta perspectiva del control de la proporcionalidad también se hizo presente, en la práctica del derecho internacional público, en donde la proporcionalidad fue concebida, por mucho tiempo «*comme un critère négatif est d'ailleurs d'application plus facile et moins rigide qu'un critère positif, on parlera plus volontiers d'absence de disproportion que de proportionnalité proprement dite*»⁵⁹¹. De hecho, es una visión que resulta más deferente con la discrecionalidad de la autoridad estatal, al limitar el análisis al estudio a un control de lo evidente, es decir, el control de las medidas ‘manifiestamente’ desproporcionadas, el control de la arbitrariedad, del exceso y/o el abuso del derecho, sin adentrarse en la determinación de si la medida estatal era o no proporcionada, con el fin que pretendía alcanzar. Lo anterior lo vemos, por ejemplo, en la práctica del derecho internacional marítimo, donde durante varios años, “*the focus is on broadly assessing whether the results achieved are equitable and not disproportionate in relation to coastal configurations and the landmass of coastal States*”⁵⁹². Lo mismo ocurría en general, respecto del derecho de las contramedidas internacionales, donde el control de la desproporción, “*limits the power to choose the measures of redress, and requires that the response be (...) not disproportionate to the offence that provoked it*”⁵⁹³.

Ahora bien, la doctrina sobre comercio e inversiones internacionales con el Estado no ofrece claridad conceptual sobre el significado de la desproporción. De hecho, en la mayoría de las ocasiones, al intentar definir el control de proporcionalidad negativo, se hace referencia a otros estándares o principios jurídicos, sin que quede claro el contenido específico de lo que

⁵⁸⁹ BELLEY, Nathalie « L'émergence d'un principe de proportionnalité », in *Les Cahiers de droit*, vol. 38, n° 2, 1997, pp. 245-313, p. 273.

⁵⁹⁰ NEWTON Michael, MAY Larry, *Proportionality in international law*, New York, Oxford University Press, 2014, 352 p., p. 35.

⁵⁹¹ BARDONNET Daniel, « Quelques observations sur le principe de proportionnalité en droit international », in *El derecho internacional en un mundo en transformación. Libro homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, t. II, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995, PP. 995-1036, p. 996.

⁵⁹² COTTIER, et al. “The Principle of Proportionality in International Law: Foundations and Variations”, *Journal of World Investment & Trade* vol. 18, 2017, p. 630, p. 644.

⁵⁹³ CANNIZZARO Enzo, « The role of proportionality in the law of international countermeasures » in *European journal of international law = Journal européen de droit international*, vol. 12, n° 5, 2001, pp. 889-916, p. 916.

debe considerarse como ‘desproporcionado’ en el DIE⁵⁹⁴. Sin embargo, la desproporción es una noción jurídica aplicada de manera explícita, tanto en las reglas convencionales, como en la práctica jurisdiccional reciente.

De hecho, encontramos dos tipos de manifestaciones de la noción de desproporción, que inciden en su contenido actual. Por una parte, la proporcionalidad negativa se expresa de manera autónoma (§1). Por otra parte, la desproporción está relacionado con otros principios o estándares jurídicos, tanto en las reglas convencionales como en la práctica decisonal reciente, es decir que, la desproporción hace parte del significado o contenido de un principio o estándar más amplio (§2).

§ 1 –Lo desproporcional o desproporcionado

Los términos ‘desproporcional’, ‘desproporcionado’ o ‘desproporción’ están presentes en las fuentes del derecho internacional económico. Por una parte, en el derecho de la OMC, así como en disposiciones convencionales en materia de comercio internacional con el Estado, por fuera de los Acuerdos Marco (A). Por otra parte, la mención expresa a la proporcionalidad negativa, la encontramos en las distintas fuentes del derecho internacional de inversiones con el Estado (A).

A. En el derecho del comercio internacional con el Estado

La desproporción ha sido reconocida como una noción que aporta al análisis de las disposiciones, en materia de comercio internacional con el Estado. Tanto en las reglas convencionales como, en los informes del OSD encontramos dos sentidos de la desproporción como concepto autónomo. Por una parte, hace referencia al desequilibrio económico que afecta el comercio entre Estados. Por otra parte, es un concepto relacional (2).

1. La desproporción cuantitativa

El ASCM reconoce el estándar de proporcionalidad⁵⁹⁵, desde una perspectiva negativa, en el artículo 2.1 literal c), cuando establece que la ‘desproporción’ de las subvenciones

⁵⁹⁴ Sobre este punto haremos referencia en el capítulo siguiente. Cfr. Capítulo 4, *infra*.

otorgadas por un Estado Miembro a otro, es uno de los criterios que permite determinar si una subvención es o no específica, *de facto*. El mismo Acuerdo define las subvenciones como una contribución financiera; de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro; que otorgue un beneficio. Para que exista una subvención, deben reunirse los tres elementos, antes mencionados⁵⁹⁶. De lo contrario, estamos ante una donación o cualquier otro tipo de subsidio que no sería objeto de regulación por el Acuerdo Marco de la OMC. Así mismo, según el ASMC, una subvención se considera específica, si el gobierno, de un Estado Miembro, la destina a una empresa o empresas determinadas, así como a un sector o sectores de producción. Igualmente, se considera específica aquella subvención a los productos que el gobierno destina para la exportación o los productos que utilizan insumos nacionales⁵⁹⁷. Teniendo en cuenta lo anterior, el artículo Art. 2.1 literal c), considera “la concesión de cantidades desproporcionadamente elevadas de subvenciones a determinadas empresas”, como una subvención específica. Es decir que, en este caso la desproporción tiene un contenido económico, puesto que se refiere a las cantidades o montos de la subvención comercial, otorgada por uno de los Estados Miembros de la OMC. De manera que, en este caso, el concepto de desproporción puede entenderse como el desequilibrio de las cantidades en el pago de las subvenciones.

Así se considera en la práctica reciente del OSD. De hecho, el numeral 1, literal c) del artículo 2, del ASMC fue objeto de análisis, en el informe *Estados Unidos-Grandes Aeronaves (segunda reclamación), Recurso de Estados Unidos y México, de acuerdo con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD*⁵⁹⁸, para el grupo especial:

“Por las razones que se exponen en detalle infra, consideramos que la Unión Europea no ha establecido que la subvención otorgada mediante el programa de mano de obra para Boeing sea específica en el sentido del párrafo 1 c) del artículo 2. En vista del hecho de que el programa readySC ha existido durante más de medio siglo, no vemos que ninguna de las pruebas que se nos han presentado indique que el programa sea utilizado por un número limitado de determinadas empresas, que sea utilizado predominantemente por determinadas empresas, que se hayan concedido cantidades desproporcionadamente elevadas de

⁵⁹⁵ Cfr. capítulo 2, *supra*.

⁵⁹⁶ Artículo 1 del ASMC

⁵⁹⁷ Artículo 2, *Ibid*.

⁵⁹⁸ Informe del grupo especial del 9 de junio de 2017, en el asunto *Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación). Recurso de la unión europea al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*. No. WT/DS353/RW,

subvenciones a determinadas empresas, ni que la autoridad otorgante haya ejercido facultades discrecionales de una forma que indique la existencia de especificidad⁵⁹⁹”

Así mismo, en la decisión *Estados Unidos-Grandes Aeronaves Civiles*⁶⁰⁰, para el órgano de apelación:

“Por último, el tercer factor mencionado en la segunda frase del párrafo 1 c) del artículo 2 se refiere a "la concesión de cantidades desproporcionadamente elevadas de subvenciones a determinadas empresas". El Órgano de Apelación ha señalado que el texto de esta frase indica que la primera tarea del grupo especial consiste en identificar las "cantidades de subvenciones" concedidas y después en evaluar si las cantidades de subvenciones son "desproporcionadamente elevadas". Según el Órgano de Apelación, determinar la existencia de desproporcionalidad "obliga a determinar si las cantidades de subvenciones son desproporcionadas o demasiado elevadas en términos relativos" y "exige que el grupo especial determine si las 'cantidades de subvenciones' realmente asignadas a determinadas empresas son demasiado elevadas en relación con las cantidades que se habrían asignado si la subvención se hubiera aplicado de conformidad con las condiciones para poder recibirla, evaluadas con arreglo a los párrafos 1 a) y 1 b) del artículo 2". Así, al examinar si se han concedido cantidades desproporcionadamente elevadas de subvenciones a determinadas empresas en el sentido del párrafo 1 c) del artículo 2, los grupos especiales deben evaluar: i) si la concesión de la subvención indica una disparidad entre la distribución prevista de esa subvención, determinada por las condiciones para poder recibirla, y su distribución real; y ii) las razones de esa disparidad con el fin de determinar si ha habido una concesión de cantidades desproporcionadamente elevadas de subvenciones a determinadas empresas⁶⁰¹”.

Finalmente, en el informe *Estados Unidos-Lavadoras*⁶⁰², en donde se analizó si la autoridad específica (USDOC), constató en debida forma la desproporción de las subvenciones, en forma de bonificaciones fiscales. Según el grupo especial:

“(…) atribuimos especial importancia al hecho de que la desproporcionalidad sea un "concepto relacional". Entendemos que el carácter relacional del análisis significa que una constatación de desproporcionalidad tiene que basarse en una evaluación de la manera en que la cantidad de la subvención realmente recibida guarda relación con un punto de referencia objetivo que indique cuál es la cantidad de la subvención que cabría esperar que el receptor

⁵⁹⁹ Párrafo 8.1072.

⁶⁰⁰ Informe del órgano de apelación del 28 de marzo de 2019, en el asunto: Estados Unidos - medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación). Recurso de la Unión Europea al párrafo 5 del artículo 21 del ESD. No. WT/DS353/AB/RW.

⁶⁰¹ Párrafo 5.184.

⁶⁰² Informe del grupo especial, del 11 de marzo de 2016, en el asunto Estados Unidos - Medidas anti-dumping y compensatorias sobre lavadoras de gran capacidad para uso doméstico procedentes de Corea. No. WT/DS464/R.

recibiera si la subvención se distribuyera proporcionalmente, de conformidad con las condiciones para poder recibirla⁶⁰³”.

En todos los casos, la desproporción es un estándar jurídico en la determinación de una subvención específica. Su contenido, en este caso, se refiere a la falta de equilibrio económico respecto de las cantidades de subvenciones otorgadas. El ASMC también divide las subvenciones específicas en: subvenciones prohibidas y subvenciones recurribles. Las subvenciones recurribles no están prohibidas, pero pueden ser impugnadas ante el OSD, en caso de tener efectos desfavorables sobre los intereses de otro Estado Miembro. Según el pie de página 32, del numeral 8.2, letra b, inciso ii) del ASMC, para que una subvención no sea recurrible, ésta no podrá tratarse de la concesión de cantidades “desproporcionalmente” elevadas de subvenciones determinadas empresas⁶⁰⁴. Al igual que en la anterior disposición, la desproporción es una condición que en caso de evidenciarse trae como consecuencia, el sometimiento de ese comportamiento comercial a las disciplinas del ASMC.

Así mismo, en materia de subsidios comerciales, el Tratado bilateral de inversiones entre la Unión Europea y Kazajistán, de 2015, establece un procedimiento para verificación de los efectos negativos que un subsidio puede ocasionar, en materia de comercio e inversiones con el Estado. Según el numeral 4 del artículo 159:

“(…) If the requesting Party, after receiving information on the subsidy in question, considers that the subsidy in question negatively affects or may negatively affect the requesting Party's trade or investment interests in a disproportionate manner, the requested Party shall use its best endeavours to address the negative effects on the requesting Party's trade or investment interests caused by the subsidy in question”⁶⁰⁵.

⁶⁰³ Párrafos 7.236.

⁶⁰⁴ Pie de página 32: Por "criterios imparciales y objetivos" se entiende criterios que no favorezcan a determinadas regiones más de lo que convenga para la eliminación o reducción de las disparidades regionales en el marco de política de desarrollo regional. A este respecto, los programas de subvenciones regionales incluirán topes a la cuantía de la asistencia que podrá otorgarse a cada proyecto subvencionado. Esos topes han de estar diferenciados en función de los distintos niveles de desarrollo de las regiones que reciban asistencia y han de expresarse en términos de costo de inversión o costo de creación de puestos de trabajo. Dentro de esos topes, la distribución de la asistencia será suficientemente amplia y uniforme para evitar la utilización predominante de una subvención por determinadas empresas o la concesión de cantidades desproporcionadamente elevadas de subvenciones a determinadas empresas, según lo establecido en el artículo 2. https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/19-adp_01_s.htm

⁶⁰⁵ Página L-29/75. El artículo 294 del Tratado CEPA-Armenia y UE, *op.cit.*, contiene disposición similar. Ver Página AM/EU/en 274.

Es decir que, en este caso, se hace referencia a los efectos económicos desequilibrados, que afectan a alguna de las partes firmantes. También encontramos la referencia a la desproporción, como desequilibrio económico, en medio de la determinación del daño o *dumping* y sus efectos comerciales, por el OSD, en dos informes recientes. En primer lugar, respecto del párrafo 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping, según el cual:

“Habrá de demostrarse que, por los efectos del dumping que se mencionan en los párrafos 2 y 4, las importaciones objeto de dumping causan daño en el sentido del presente Acuerdo. La demostración de una relación causal entre las importaciones objeto de dumping y el daño a la rama de producción nacional se basará en un examen de todas las pruebas pertinentes de que dispongan las autoridades. Éstas examinarán también cualesquiera otros factores de que tengan conocimiento, distintos de las importaciones objeto de dumping, que al mismo tiempo perjudiquen a la rama de producción nacional, y los daños causados por esos otros factores no se habrán de atribuir a las importaciones objeto de dumping. Entre los factores que pueden ser pertinentes a este respecto figuran el volumen y los precios de las importaciones no vendidas a precios de dumping, la contracción de la demanda o variaciones de la estructura del consumo, las prácticas comerciales restrictivas de los productores extranjeros y nacionales y la competencia entre unos y otros, la evolución de la tecnología y los resultados de la actividad exportadora y la productividad de la rama de producción nacional⁶⁰⁶”.

En efecto, el OSD en la decisión *China-Antidumping tubos Japón* consideró que, debe estudiarse si el supuesto daño causado con el *dumping* afectó de forma desproporcionada la producción nacional, en relación con el conjunto de actividades del mismo sector de producción⁶⁰⁷.

“En esas circunstancias (...) cabría esperar que una autoridad investigadora hubiese considerado la posibilidad de que otras causas de daño de que se tenía conocimiento pudiesen afectar de manera diferente a los distintos grados producidos y vendidos por la rama de producción nacional. También cabría esperar que una autoridad investigadora hubiese tenido en cuenta si el daño sufrido por la rama de producción nacional afectó a sus operaciones centradas en el grado A de manera desproporcionada en el conjunto de sus actividades con tubos sin soldadura (sin costura) de acero inoxidable para altas prestaciones, si ese efecto desproporcionado podía haber sido causado por factores distintos de las importaciones objeto de investigación, y si el daño sufrido respecto de las operaciones relacionadas con los grados B y C también se podía deber a esos otros factores⁶⁰⁸”.

⁶⁰⁶ Artículo 3.5 del Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI AGCS, conocido como Acuerdo Antidumping. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/19-adp_01_s.htm

⁶⁰⁷ Informes de los grupos especiales, del 13 de febrero de 2015, en el asunto China - medidas por las que se imponen derechos antidumping a los tubos sin soldadura (sin costura) de acero inoxidable para altas prestaciones procedentes del Japón. Nos. WT/DS454/R y WT/DS460/R.

⁶⁰⁸ Párrafo 7.202.

De acuerdo con lo antes visto, la desproporción se refiere a un desequilibrio de tipo económico que tiene consecuencias jurídicas específicas. Así mismo, encontramos una desproporción cuantitativa, en los eventos en los que se revisa el peso entre la infracción y los efectos negativos de la sanción a la misma. Por ejemplo, en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, en adelante-ADPIC-, encontramos la referencia al sentido negativo de la proporcionalidad, en el artículo 47, en estos términos:

“Artículo 47. Derecho de información.

Los Miembros podrán disponer que, salvo que resulte desproporcionado con la gravedad de la infracción, las autoridades judiciales puedan ordenar al *infractor* que informe al titular del derecho sobre la identidad de los terceros que hayan participado en la producción y distribución de los bienes o servicios infractores, y sobre sus circuitos de distribución⁶⁰⁹”.

En este caso, estamos ante un estándar exigido, de forma general, para todos los procedimientos, recursos civiles y administrativos, relacionados con los derechos de propiedad intelectual. En este caso, el contenido de la desproporción se encuentra en la relación entre el derecho a la información y la gravedad de la medida impuesta al infractor de los derechos de propiedad intelectual.

También encontramos la referencia a la desproporción, respecto de las infracciones a los derechos de propiedad intelectual. En efecto, según el tratado de la Unión Europea con Kazajistán⁶¹⁰, ante la infracción a derechos de propiedad intelectual, las partes han acordado que sea la autoridad judicial quien investigue e imponga las medidas de sanción correspondientes. Sin embargo, el infractor podría beneficiarse de medidas alternativas, específicamente el pago de una indemnización al lesionado en sus derechos de propiedad intelectual, siempre que se cumpla con una serie de condiciones, entre estas: “*if execution of the measures in question would cause him disproportionate harm*”⁶¹¹. Es decir que, aquí la desproporción tiene en cuenta la relación entre la sanción judicial por la infracción a los derechos de propiedad intelectual y los daños que la sanción ha ocasionado en el infractor,

⁶⁰⁹ Artículo 47 del ADPIC, contenido en el Anexo 1C del GATT, que entró en vigor el 1º de enero de 1995, modificado el 23 de enero de 2017, disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/intel2_s.htm

⁶¹⁰ Acuerdo de Colaboración y Cooperación Reforzadas entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y por la otra, la República de Kazajistán, suscrito el 21 de diciembre de 2015. Página L-29/44.

⁶¹¹ *Ibid.* Artículo 105. Alternative measures.

permitiendo medidas alternativas para resarcir la infracción cometida. Similar disposición se encuentra en el tratado Armenia-UE-CEPA de 2017⁶¹².

Así las cosas, la desproporción es un estándar manifestado de forma explícita en materia de subvenciones específicas, subsidios, *dumping* y derechos de propiedad intelectual, de acuerdo con lo establecido en los Acuerdos de la OMC, las reglas convencionales y la práctica del OSD. Si tenemos en cuenta la literalidad de las expresiones, podría interpretarse que el contenido de la desproporción es cuantitativo. La desproporción, también es un concepto cualitativo, tal como veremos, a continuación.

2. Una desproporción cualitativa

La desproporción también puede contener el estudio de la relación entre la medida restrictiva al comercio internacional y el objetivo público perseguido. De hecho, la referencia explícita a la desproporción, la encontramos en la aplicación del literal g), artículo XX del GATT. En efecto, el artículo XX del GATT contempla los tipos de medidas que los Miembros están autorizados a aplicar, de manera excepcional, en incumplimiento de los Acuerdos Marco de la OMC. Según el literal g), se autorizan las medidas “relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales⁶¹³”.

Al respecto, el OSD, en el asunto *China - tierras raras*⁶¹⁴, analizó si el contingente de exportación creado por China, cumplía con lo establecido en el literal g) del artículo XX del GATT, para eximirse del cumplimiento de los Acuerdos de la OMC. Para el grupo especial:

“Por último, el Grupo Especial recuerda la orientación que dio el Órgano de Apelación en Estados Unidos - Camarones en el sentido de que una medida de conservación no debe tener ‘un alcance y ámbito desproporcionadamente amplios en relación con el objetivo político de la protección y conservación’. A este respecto, coincidimos con los reclamantes en que, al menos en la medida en que la preocupación de China sea impedir el contrabando de productos

⁶¹² Ver artículo 261. Alternative measures. Página AM/EU/en 238.

⁶¹³ Literal g), del artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1947). Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_02_s.htm#articleXX

⁶¹⁴ Informes del grupo especial del 26 de marzo de 2014, en el asunto *China - medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno*. Nos. WT/DS431/R; WT/DS432/R y WT/DS433/R,

de tierras raras producidos ilegalmente, las medidas son excesivamente amplias puesto que impiden la exportación de productos de tierras raras producidos legalmente (por encima de un determinado límite numérico absoluto) y no simplemente de productos producidos ilegalmente⁶¹⁵”.

Es decir que, en este caso, el OSD reconoció un contenido relacional de la proporcionalidad negativa, toda vez que el análisis de la desproporción se encuentra en la relación desproporcionada entre el alcance de la medida de protección/conservación y el objetivo político perseguido. Así mismo, el contenido de lo desproporcional se empareja con el carácter excesivo de la medida restrictiva del comercio internacional.

Igualmente, se reconoce explícitamente la desproporción, como noción autónoma, en el análisis del párrafo 1, artículo 2 del AOTC. Según dicha disposición:

“Elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos por instituciones del gobierno central. Por lo que se refiere a las instituciones de su gobierno central:

2.1 Los Miembros se asegurarán de que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país⁶¹⁶”.

La aplicación de la anterior disposición, la encontramos en el informe del grupo especial sobre el asunto *Estados Unidos-Atún II*⁶¹⁷. Aquí se hizo mención textual de la desproporción, como uno de los elementos de análisis, respecto de la imparcialidad de la medida que creó una distinción reglamentaria a las exportaciones. Para el grupo especial:

“Así, incluso si una medida estuviera basada en una distinción reglamentaria legítima, no derivaría, sin embargo, exclusivamente, de esa distinción si el efecto perjudicial fuera desproporcionado o si la medida fuera de otra manera un reflejo, por ejemplo, de proteccionismo y, por lo tanto, no pudiera justificarse claramente sólo por referencia a las distinciones reglamentarias legítimas invocadas⁶¹⁸”.

⁶¹⁵ Párrafo 7430.

⁶¹⁶ Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio-AOTC- de la OMC. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/17-tbt_s.htm#articleII

⁶¹⁷ Informe del grupo especial, del 14 de abril de 2015, en el asunto *Estados Unidos-Atún II. Recurso de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*. No. WT/DS381/RW.

⁶¹⁸ Párrafo 7.95.

Aunque, en este caso, no queda tan claro el sentido de desproporción, entendemos que se encuentra en el análisis de imparcialidad de la medida, específicamente en la relación entre la distinción reglamentaria legítima y sus efectos negativos para el comercio internacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.1. del AOTC. La desproporción en este caso se revisa respecto de los efectos de la medida, y constituye un criterio para determinar si la distinción reglamentaria es legítima o no.

Del mismo modo, encontramos la referencia expresa a la desproporción, en el informe del órgano de apelación en el asunto *Estados Unidos-Atún II* ⁶¹⁹, con estos términos:

“Aunque hemos reconocido la posible utilidad que para la evaluación de la imparcialidad tiene una indagación de si el efecto perjudicial, y las explicaciones dadas sobre el mismo, pueden conciliarse, o tienen una relación racional, con el objetivo de política perseguido por la medida en litigio, hemos explicado que este es uno de los exámenes que se podrían realizar para determinar si una distinción reglamentaria es arbitraria o injustificada y por ende no imparcial de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2. Sin embargo, adoptar un enfoque demasiado restringido con respecto a dicha indagación podría llevar a un grupo especial a incurrir en error. Para apreciar debidamente si una medida es imparcial, la indagación sobre el vínculo entre las distinciones reglamentarias que figuran en la medida y el objetivo de política de la medida puede tener que abarcar también un examen, o ser complementada por un examen, de si las diferencias en el trato otorgado a grupos diferentes de productos en virtud de esas distinciones, y el efecto desfavorable resultante, son desproporcionados en vista del objetivo perseguido⁶²⁰”.

Este caso nos aclara que, la relación de desproporcionalidad se debe analizar entre el efecto negativo para el comercio internacional y el objetivo que se pretende alcanzar con la medida de distinción reglamentaria. De manera que, la desproporción tiene un sentido cualitativo porque no se están revisando la relación entre dos cantidades sino entre dos intereses en conflicto, por una parte, la medida estatal que está restringiendo el comercio internacional y que, por tanto, debería ser eliminada y, por otra, el objetivo público que se persigue con esa medida, el cual debe ser considerado legítimo.

⁶¹⁹ Informe del órgano de apelación del 20 de noviembre de 2015, en el asunto *Estados Unidos-Atún II. Recurso de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*. No. WT/DS381/AB/RW.

⁶²⁰ párrafo 7.153 y ss.

Además de las disposiciones del AOTC, en el TBI entre Brazil y Chile⁶²¹, “las Partes reconocen que las barreras no arancelarias representan una carga desproporcionada para las MIPYMEs⁶²²”. Es decir que la desproporción hace parte del estudio relacional entre las barreras al comercio y los intereses de las micro, pequeñas, medianas empresas y emprendedores.

Así las cosas, la desproporción no tiene un único significado en el control de las medidas estatales sobre comercio internacional. Del mismo modo, en materia de inversiones internacionales con el Estado, encontramos otros elementos del contenido de la desproporción.

B. La desproporción, manifiesta o extremadamente severa en materia de inversiones internacionales con el Estado

La indemnización, en caso de expropiación, es uno de los estándares jurídicos más conocidos en el derecho internacional de las inversiones, puesto que es una cláusula de recurrente inserción en los tratados bilaterales de inversiones, así como en otros tratado y acuerdos internacionales, con disposiciones en la materia. La formulación de este estándar, por lo general se refiere a “*la nécessité d’une indemnisation prompte, adéquate et effective. En effet, la principale crainte des investisseurs étrangers a toujours été celle de la perte de leurs propriétés à la suite d’expropriation*”⁶²³. Así mismo, se ha considerado la posibilidad de indemnizar al inversionista perjudicado con las medidas estatales que, si bien no han sido proferidas en el marco de un procedimiento de expropiación, tienen los efectos de nacionalización de los derechos económicos de los inversionistas, lo que ha sido denominado como ‘la expropiación indirecta’⁶²⁴.

Se distinguen dos tipos de expropiaciones cubiertas por los TBI: la expropiación directa y la indirecta. En el primer caso, estamos frente a una transferencia formal de derechos de

⁶²¹ Tratado bilateral de inversiones entre Brazil y Chile, firmado el 21 de noviembre de 2018.

⁶²² Capítulo 14, numeral 2, del artículo 14.1.

⁶²³ LAGELLE Anaïs, « *Les standards en droit international économique. Contribution à l’étude de la normativité internationale* », Tesis doctoral en derecho internacional, sustentada en la Universidad de Nice-Sophia Antipolis, 2012, 468 p., p. 200.

⁶²⁴ NANTEUIL, Arnaud, *L’expropriation indirecte en droit international de l’investissement*, Paris, Pedone, 2014, 650 p., p. 20.

propiedad, y por tanto, la indemnización se debe, independientemente de la causa de la expropiación⁶²⁵. En el segundo caso, en virtud de las medidas regulatorias del Estado de acogida, la situación es más compleja. De hecho, las medidas regulatorias crean un conflicto de intereses entre los intereses regulatorios de los gobiernos anfitriones y los derechos de los inversionistas⁶²⁶. Sin embargo, no todas las interferencias reglamentarias con la propiedad constituyen una expropiación, y por lo tanto no tienen que ser compensados⁶²⁷. En los recientes tratados y acuerdos, la expropiación indirecta se relaciona, de manera explícita, con la desproporción de la medida estatal, que ha perjudicado al inversionista, es decir que el estándar de proporcionalidad negativa, permite determinar si una medida es una expropiación indirecta.

En las reglas convencionales recientes, la mayoría de disposiciones convencionales contemplan que la determinación de una medida de expropiación indirecta “*requires a case-by-case, fact-based inquiry*”, es decir que solo con base en las circunstancias fácticas del caso en concreto es posible concluir que la medida estatal era expropiatoria de los derechos del inversionista. Si bien, no definen de manera explícita la noción de proporcionalidad negativa, del análisis de los textos podemos deducir algunos criterios que el intérprete podrá tener en cuenta, en la búsqueda del significado de ‘lo desproporcionado’.

Los términos “desproporcionado” y “extremadamente severas” aparecen dentro de la misma disposición como términos sinónimos, en relación con la determinación de las medidas de expropiación indirecta. Lo observamos en el Protocolo del Tratado Bilateral de Inversiones entre Corea y Kenia, en su artículo 4: (...) “4. *Non-discriminatory regulatory actions by a Contracting Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, the environment, and real estate price stabilization (through, for example, measures to improve the housing conditions for low-income households), do not constitute indirect expropriations, except in rare circumstances, such as, for example, when an action or a series of actions is extremely severe or disproportionate in light of its purpose or effect*”⁶²⁸.

⁶²⁵ KRIEBAUM Ursula, “Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State”, in *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8. No. 5, 2007, pp. 717-744, p. 720.

⁶²⁶ *Ibidem*, P: 721 a 724.

⁶²⁷ *Ibidem*, párrafo 275.

⁶²⁸ *Protocol to the Agreement on the Promotion and Protection of Investments between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Republic of Kenya*, firmado el 8 de Julio de 2014 y vigente a partir del 3 de mayo de 2017, página 45.

En el Tratado entre Corea y Myanmar en el Anexo sobre expropiación, establece en su literal b): “*Except in rare circumstances, such as, for example, when an action or a series of actions is extremely severe or disproportionate in light of its purpose or effect*”⁶²⁹. La misma disposición se repite en los capítulos de inversión de los Tratados de libre comercio firmados por Corea durante el año 2015 con los países: China⁶³⁰, Vietnam⁶³¹ y Turquía⁶³². Es decir que, según esas disposiciones, las medidas con las que el Estado busque proteger objetivos legítimos y con las que se limiten los derechos del inversionista, serán consideradas como de expropiación indirecta, si y solo si, se traducen en acciones extremadamente severas o desproporcionadas.

Siguiendo la misma línea, el Tratado bilateral de inversiones firmado entre Japón e Uruguay, establece lo siguiente en el Anexo sobre Expropiación: “(...) 5. *Salvo en caso de circunstancias excepcionales, como por ejemplo cuando una medida o una serie de medidas de una Parte Contratante resulta extremadamente severa o desproporcionada a luz de su objetivo, las acciones regulatorias no discriminatorias adoptadas por la Parte Contratante que son diseñadas y aplicadas con el fin de proteger los objetivos del bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen expropiaciones indirectas*”⁶³³.

Así mismo, la desproporción puede asimilarse con la desproporción manifiesta, o bien, se incorpora en los comportamientos extremadamente severos. De hecho, los Tratados bilaterales de inversión y de libre comercio firmados por Corea en los años 2014-2015, se hace una consideración sobre las medidas desproporcionadas, conectándolas con la idea de medidas estatales excesivas. Por ejemplo, en el Anexo: Expropiación del Capítulo de

⁶²⁹ *Ibid.*

⁶³⁰ Tratado de libre comercio entre China y Corea suscrito el 1 de Junio de 2015 y vigente a partir del 20 de diciembre del mismo año. *Anex 12-B. Expropriation. The Parties confirm their shared understanding that: (...)3. The second situation is indirect expropriation, where an action or a series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure (...) (b) Except in rare circumstances, such as when an action or a series of actions by a Party is extremely severe or disproportionate in light of its purpose, non-discriminatory regulatory actions adopted by the Party for the purpose of legitimate public welfare do not constitute indirect expropriation*”. Página sin enumeración.

⁶³¹ Tratado de libre comercio suscrito entre Corea y Vietnam el 5 de mayo de 2015, vigente a partir del 20 de diciembre del mismo año. *Chapter Investments. ANNEX 9-B. EXPROPRIATION*. página 9-21.

⁶³² Tratado de libre comercio suscrito entre Corea y Turquía el 26 de febrero de 2015, aún no vigente. *Annex B. Expropriation*. Página sin enumeración.

⁶³³ Tratado bilateral de inversiones Japón-Uruguay, suscrito el 26 de Enero de 2015 y vigente a partir del 14 de Abril de 2017. Página 132.

inversiones del Tratado firmado entre Australia y Corea, entre los factores determinantes de las medidas de expropiación indirecta se pide tener en cuenta, los objetivos del Estado, aclarando lo siguiente en el pie de página 53: “(For Korea, a relevant consideration could include whether the investor bears a disproportionate burden such as a special sacrifice that exceeds what the investor or investment should be expected to endure for the public interest)”⁶³⁴. Del mismo modo, el Tratado entre Corea y Nueva Zelanda, establece: “3. (...) (c) the character of the government action including its objectives and context”, con el pie de página “1. For actions taken by Korea, a relevant consideration could include whether the investor bears a disproportionate burden such as a special sacrifice that exceeds what the investor or investment should be expected to endure for the public interest”⁶³⁵. La misma disposición la encontramos en el Tratado entre Corea y Turquía⁶³⁶.

De hecho, en varias disposiciones se contempla la exigencia que la medida estatal sea desproporcionada, en relación con el objetivo público que persigue, para ser considerada como expropiación indirecta. Así lo establece, por ejemplo, el Tratado AESAN en su artículo 8, numeral 3, literal c): “3. The determination of whether a measure or series of related measures by a Party, in a specific fact situation, constitutes an expropriation of the type referred to in subparagraph 2(b) of this Article requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors: (c) the character of the government measure, including its objectives and whether the measure is disproportionate to the public purpose”⁶³⁷. La misma disposición está contenida en el tratado firmado entre AESAN y las Naciones de Hong Kong y China en el año 2017⁶³⁸.

Tanto el árbitro como los Estados cuentan con una discrecionalidad para interpretar las disposiciones de los tratados y por tanto determinar si una medida es o no desproporcionada. Un ejemplo de ello, son las distintas disposiciones en las que se advierte que los objetivos públicos legítimos mencionados en el Tratado, en virtud de los cuales no es posible considerar

⁶³⁴ Tratado de libre comercio firmado entre Australia y Corea, el 8 de abril de 2014 y vigente a partir del 12 de diciembre de 2014. *Chapter 11. Investment. Anexo 11B. Expropriation*. Páginas sin numeración.

⁶³⁵ Tratado de libre comercio entre Corea y Nueva Zelanda, firmado el 23 de Marzo de 2015 y vigente desde el 20 de diciembre del mismo año. *ANNEX 10-B. EXPROPRIATION*. Página 10-A-2.

⁶³⁶ *Ibid.*

⁶³⁷ Tratado de Asociación de Naciones del Sudeste Asiático-AESAN-. Firmado el 12 de Noviembre de 2014, *artículo 8. Expropriation and Compensation*, p.15.

⁶³⁸ Agreement on Investment among the governments of the Hong Kong special administrative region of the people's republic of China and the member states of the Association of Southeast Asian Nations. Firmado el 12 de Noviembre de 2017. *Annex 2. Expropriation and Compensation*, p. 38.

una medida desproporcionada como expropiatoria, no hacen parte de una lista exhaustiva, dejando un margen para que el Estado exponga, en el caso concreto, cuál era el objetivo legítimo que pretendía alcanzar con la medida desproporcionada y de esta manera se determine si es una medida de expropiación indirecta o no.

Por ejemplo, en el Capítulo de Inversiones del Tratado de libre comercio entre Honduras y Perú, se establece que las medidas no discriminatorias, que buscan proteger los objetivos de bienestar público, como salud pública, seguridad y medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta. Igualmente se aclara en el pie de página 14: “Para mayor certeza, la lista de legítimos objetivos de bienestar público en este subpárrafo no es exhaustiva”⁶³⁹. La misma disposición se contempla por ejemplo, en el Tratado Corea-Mayanmar, con estos términos: “*regulatory actions by a Contracting Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, the environment, and real estate price stabilization (through, for example, measures to improve the housing conditions for low-income households), do not constitute indirect expropriations.*”⁷. La aclaración del pie de página 7 es la siguiente: “*7) For greater certainty, the list of "legitimate public welfare objectives" in subparagraph (b) is not exhaustive*”⁶⁴⁰.

Otro ejemplo, lo encontramos recientemente, con el tratado bilateral de inversiones, suscrito entre Japón y Marruecos⁶⁴¹, según el cual:

“*Annex referred to in Article 9. Expropriation and Compensation*
(...)”

3. *The determination of whether a measure or a series of measures of a Contracting Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:*

(...)”

*c) the character of the measure or series of measures, including the duration of such measure, whether such measure is non-discriminatory and **whether such measure is disproportionate with regard to the public interest purpose***⁶⁴². (negrillas fuera del texto).

4. *Except in rare circumstances, such as when a measure or a series of measures of a Contracting Party is extremely severe or **disproportionate in light of its purpose**, non-*

⁶³⁹ Tratado de libre comercio entre Honduras y Perú, firmado el 29 de mayo de 2015 y vigente desde el 1 de Octubre de 2017. *Capítulo 12. Inversiones, Anexo 12.10*, página 12-31.

⁶⁴⁰ Tratado de libre comercio firmado entre Corea y Myanmar el 5 de junio de 2014 y vigente a partir del 31 de octubre de 2018. *Annex. Expropriation*. Páginas sin numeración.

⁶⁴¹ Tratado de promoción y protección de inversiones, suscrito el 8 de enero de 2020 entre el Reino de Marruecos y Japón. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5908/download>.

⁶⁴² Ver página 17.

discriminatory measures of a Contracting Party that are designed and applied to protect, legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriation”. (negritas fuera del texto).

En cuanto al uso de la proporcionalidad negativa, desde la perspectiva de ‘manifiestamente desproporcionado’ algunas disposiciones hacen referencia a esta visión de la proporcionalidad para considerarse violatoria de los derechos económicos y financieros. Por ejemplo, en el tratado Canadá-UE-CETA 2016 En cambio, en el Tratado comercial CETA firmado entre Canadá y algunos países de la Unión Europea, se exige que la medida estatal que se analiza sea manifiestamente desproporcionada y arbitraria para calificarse de violatoria de las disposiciones sobre protección de las inversiones y sistema financiero, contenidas en los artículos 13.16.1 y 13.16.2., en estos términos:

*“ The Parties agree that the application of Article 13.16.1 by the Parties and by tribunals should be guided by the following principles, which are not exhaustive: (...) (d) (i) except as provided in subparagraph (ii), a measure is deemed to meet the requirements of Article 13.16.1 if it: (A) has a prudential objective; and (B) is not so severe in light of its purpose that it is manifestly disproportionate to the attainment of its objective; and (ii) a measure that otherwise meets the requirements of subparagraph (i) does not meet the requirements of Article 13.16.1 if it is a disguised restriction on foreign investment or an arbitrary or unjustifiable discrimination between investors in like situations”*⁶⁴³.

Además de las reglas convencionales recientes, encontramos las referencias a la desproporción, en la práctica decisonal reciente. De hecho, los TAIIE pueden referirse a la desproporción, entendida como un límite al comportamiento del Estado en relación con los derechos de los inversionistas. Por ejemplo, en la decisión *OAO Tatneft*⁶⁴⁴, se hace mención explícita a la desproporción de las medidas estatales como un comportamiento indebido de cara a las inversiones realizadas por las empresas privadas. Así mismo, en la decisión *Gold Reserve v Venezuela*⁶⁴⁵, el tribunal hizo referencia a la proporcionalidad negativa, en estos términos:

“The Tribunal finds that the breach of Special Advantage No. 10 is not a valid ground for terminating the Unicornio Concession since the relevant obligation would have been enforceable upon commencement of production and production had not yet occurred when the

⁶⁴³ Tratado comercial CETA entre algunos países de la UE y Canadá, firmado el 30 de Octubre de 2016, aún no vigente. *Annex 13-b. Understanding on the application of articles 13.16.1 and 13.21. High level principles*, página 386.

⁶⁴⁴ CPA. Laudo bajo las reglas CNUDMI de 1976, de fecha 29 de julio de 2014. *OAO Tatneft v. Ukraine*. No. 2008-8, párrafo 4.61. Párrafo 89

⁶⁴⁵ CIADI, laudo del 22 de septiembre de 2014, en el asunto: *Gold Reserve Inc. Bolivarian Republic of Venezuela*, No. ARB(AF)/09/1.

*concession was terminated. In any event, termination by reason of such breach would have been out of proportion considering the gravity of such sanction »*⁶⁴⁶.

Además de lo anterior, la desproporción equivale a una medida de expropiación indirecta y se determina en relación con el objetivo público legítimo que el Estado anfitrión persigue. En efecto, el estándar de proporcionalidad hace parte del análisis del estándar de expropiación indirecta, específicamente, es un factor determinante en el análisis de existencia de una medida de expropiación indirecta. Así lo han manifestado, la práctica de los tribunales de arbitraje. Por ejemplo, en las decisiones *Yukos*, *Halley* y *Veteran*⁶⁴⁷, se hizo mención explícita a la conducta desproporcionada del Estado, la desproporción de la medida estatal, en medio del estudio de los estándares de TJE y expropiación indirecta, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 10(1) y 13(1) del TCE. En estas tres decisiones, respecto a la actitud desproporcionada del Estado, se concluyó que:

*« In considering the extent of the contribution of Claimants' faults to their injury, the Tribunal notes that the subsequent conduct of the Russian Federation, as the Tribunal has found, was disproportionate and tantamount to expropriation of Claimants' investment in Yukos. Claimants' damages were caused by the series of events starting with the arrest of Messrs. Khodorkovsky and Lebedev, and the tax assessments, and culminating in the YNG auction, which led to the bankruptcy and liquidation of Yukos »*⁶⁴⁸.

Así mismo, en la decisión *Ampal v Egypt*⁶⁴⁹, el tribunal se refirió a la desproporción de la medida estatal, en relación con la terminación del contrato de concesión con el inversionista, que asimiló a una expropiación indirecta. *“The Tribunal agrees with the Claimants that the termination of the GSPA was a disproportionate act”*⁶⁵⁰. Así mismo consideró que, *“It is well settled that the “irreparable cessation” of an investment activity caused by the disproportionate act of a State is tantamount to an expropriation”*⁶⁵¹.

⁶⁴⁶ Párrafo 445.

⁶⁴⁷ Se trata de tres laudos, todos proferidos el 18 de julio de 2014 por tribunales adscritos a la Corte Permanente de Arbitraje, bajo las reglas CNUDMI de 1976, asuntos: *Yukos Universal Limited (isle of man) v. The Russian Federation*. No. AA 227; *Hulley enterprises limited (cyprus) v. The Russian Federation*. No. AA 226 y *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*. No. AA 228.

⁶⁴⁸ En las tres decisiones ver párrafo 1635.

⁶⁴⁹ CIADI. Laudo del 21 de febrero de 2017, en el asunto *Ampal-American Israel Corp., y otros v Arab Republic of Egypt*. No. ARB/12/11.

⁶⁵⁰ Párrafo 344.

⁶⁵¹ Párrafo 346.

Finalmente, en la decisión *Customs and Tax*⁶⁵², el tribunal de arbitraje analiza la desproporción manifiesta alegada por el demandante, y tratada también por el demandado. Al respecto consideró que:

« En admettant même que l'État puisse être considéré comme un partenaire commercial, il suffit ici de constater que la disproportion manifeste des droits et obligations qu'affirme la REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO n'est pas établie. Celle-ci soutient que les prestations de CTC étaient " pratiquement inexistantes", ce qui ne se vérifie pas au vu du nombre de consultants sur le terrain des octobre/novembre 2008 (une cinquantaine de consultants) et jusqu'à une soixantaine de consultants fin 2009 à une époque où, pourtant, CTC était proche de la démobilisation effective. L'examen de l'exécution par CTC de ses obligations contractuelles (infra, n° 164 et suiv.) établit que les prestations du Consultant, sur une période inférieure à deux ans, sur les cinq prévus au contrat, ne peuvent être sérieusement jugées « pratiquement inexistantes ». Tribunal observe aussi que jusqu'à la prise d'effet de la résiliation, l'État congolais n'a notifié à CTC aucun manquement à ses obligations (C-23 ; Transcrit p. 207) »⁶⁵³.

De acuerdo con lo antes visto, la desproporción es un concepto jurídico presente en las disposiciones convencionales recientes, y a pesar de los criterios que hemos visto anteriormente, es posible advertir la falta de claridad sobre la noción o definición que pueda tener, dejando al intérprete la misión de deducir su contenido de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. De todas formas, la inclusión de este concepto permitirá a los árbitros internacionales la aplicación más directa del control de la desproporción lo que hará avanzar la búsqueda de su noción o contenido concreto.

§ 2 – La desproporción y otros estándares jurídicos

El control de la desproporción también se ha reconocido, al lado de otros principios o estándares jurídicos. Ante esto, el órgano jurisdiccional tiene dos opciones. La primera, abordar cada estándar de forma independiente, como ocurre en el caso del principio de necesidad y el de proporcionalidad en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados⁶⁵⁴. La segunda opción, abordar la proporcionalidad, de forma conjunta con los otros principios, como si hicieran parte de un mismo estándar jurídico. De hecho, observamos esta

⁶⁵² CIA de la CCI, sentencia del 22 de julio de 2015, en el asunto *Customs and Tax Consultancy LLC (CTC) v République Démocratique du Congo*, No. 19515/MCP/DDA., párrafos 147 y 184

⁶⁵³ Párrafo 137.

⁶⁵⁴ AKANDE Dapo; LIEFLÄNDER Thomas, "Clarifying Necessity, Imminence, and Proportionality in the Law of Self-Defense", *The American Journal of International Law*, CUP, 2013, vol. 107, n° 3, , pp. 563-570.

última técnica, en la práctica reciente de los TAIIE, respecto de la ‘medidas arbitrarias y discriminatorias’⁶⁵⁵. Es decir que, el tribunal ha decidido analizar estos dos principios, de forma conjunta como si se tratara de un solo estándar, a pesar de que la doctrina ha hecho la distinción conceptual de cada uno de ellos. Así mismo, respecto del derecho de la OMC, « *l’examen du principe de proportionnalité au sein des Accords de l’Uruguay Round relève l’existence d’une trame serrée de principes et critères qui s’influencent de manière réciproque. Tous ces critères semblent converger dans l’exigence que les actions menées par les Membres aient toujours une justification par rapport aux restrictions créées aux échanges (...), ce qui démontre l’émergence d’un concept unitaire de proportionnalité à l’intérieur du système* »⁶⁵⁶.

En efecto, tanto las reglas convencionales como las decisiones de los órganos jurisdiccionales, proferidas en los últimos cinco años, hacen referencia textual a la proporcionalidad al lado de otros principios y estándares jurídicos, lo que incide en el significado que ha adquirido, tanto en el derecho de la OMC (A), como en el derecho internacional de inversiones con el Estado (B).

A. El OSD relaciona la desproporción con la noción de demoras indebidas

En los Acuerdos Marco de la OMC y en las disposiciones sobre comercio internacional con el Estado, contenidas en los tratados y acuerdos recientes, no se hace referencia al estándar de desproporción acompañado de otros estándares o principios jurídicos. En cambio, la práctica reciente del OSD nos muestra que lo ‘desproporcionado’ hace parte del concepto de ‘demoras indebidas, establecido en el párrafo 1 a) del Anexo C del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias- AMSFS-. En efecto, según el párrafo 1 a) del Anexo C:

“Anexo C. Procedimientos de Control, Inspección y Aprobación. 1. Con respecto a todos los procedimientos para verificar y asegurar el cumplimiento de las medidas sanitarias y fitosanitarias, los Miembros se asegurarán: a) de que esos procedimientos se inicien y ultimen

⁶⁵⁵ CIADI. Laudo del 9 de octubre de 2014, en el asunto: *Venezuela Holdings, B.V., et al (case formerly known as Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., et al.) v. Bolivarian Republic of Venezuela*. No. ARB/07/27, ver páginas 85 y ss.

⁶⁵⁶ ROUZZI Elisa, « L’application du principe de proportionnalité en droit de l’organisation mondiale du commerce », In RUIZ FABRA Helène & GRADONI Lorenzo (éds.), *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l’environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de législation comparée, « Collection Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris », 2009, pp. 475-492, p. 491.

sin demoras indebidas y de manera que no sea menos favorable para los productos importados que para los productos nacionales similares⁶⁵⁷”.

Al respecto, en el informe del grupo especial *Estados Unidos - animales*⁶⁵⁸, se consideró: “La cuestión de si las demoras son indebidas. Recordamos que una demora es indebida si es ‘inaceptable, o excesiv[a], desproporcionad[a] o injustificable de algún otro modo’⁶⁵⁹”. Un mismo razonamiento se siguió en el informe *Indonesia - medidas relativas a la importación de carne de pollo y productos de pollo*⁶⁶⁰, en donde el grupo especial advirtió que:

“El párrafo 1 a) del Anexo C obliga a los Miembros a asegurarse de que los procedimientos pertinentes se inicien y ultimen sin demoras indebidas. El Órgano de Apelación ha interpretado que esto significa que dichos procedimientos deben iniciarse con la celeridad adecuada o, en otras palabras, no deben prolongarse durante un período inaceptable, o excesivo, desproporcionado o injustificable de algún otro modo⁶⁶¹”.

Es decir que, la desproporción es un concepto que acompaña a otros, como si se trataran de sinónimos, respecto de la noción de ‘la demora indebida’, y por tanto la noción de lo que es desproporcionado se subsume con el significado de estándares o principios jurídicos. A pesar de ello, mantiene su carácter cualitativo, puesto que en lugar de medir la relación entre cantidades o bien, la relación entre la gravedad de la sanción respecto de la gravedad de la infracción, se controla el comportamiento del Estado el cual no es normal, no corresponde con el deber ser, no es adecuado. Lo mismo observamos en otras decisiones del OSD. Por ejemplo, en el informe *Federación de Rusia - porcinos*⁶⁶², se citaron los informes anteriores. Luego, consideró que, la ‘desproporción’ hace parte de la definición de una demora indebida, en estos términos:

⁶⁵⁷ Anexo C del AMSFS. Página 92, disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/sps_s/spsagr_s.htm

⁶⁵⁸ Informe del grupo especial, del 24 de julio de 2015, en el asunto Estados Unidos - medidas que afectan a las importaciones de animales, carne y otros productos del reino animal procedentes de la Argentina. No. WT/DS447/R.

⁶⁵⁹ Ver párrafos 7.3.3.5.3.2 y 7.129.

⁶⁶⁰ Informe del grupo especial, del 17 de octubre de 2017, en el asunto *Indonesia - medidas relativas a la importación de carne de pollo y productos de pollo*. No. WT/DS484/R.

⁶⁶¹ Párrafo 7.526.

⁶⁶² Informe del grupo especial del 19 de agosto de 2016, en el asunto *Federación de Rusia - medidas relativas a la importación de porcinos vivos, carne de porcino y otros productos de porcino procedentes de la Unión Europea*. No. WT/DS475/R, párrafo 2.1 a 2.9.

“En Australia - Manzanar, el Órgano de Apelación hizo referencia a los significados, según el diccionario, de las palabras "indebido" y "demora", al establecer el sentido de la frase "sin demoras indebidas". El Órgano de Apelación afirmó lo que sigue:

El párrafo 1 a) del Anexo C impone la obligación de que los procedimientos pertinentes se inicien y ultimen "sin demoras indebidas". El sentido corriente de la palabra "delay" ("demora") es "(a period of) time lost by inaction or inability to proceed" ("(período de) tiempo perdido por inactividad o por incapacidad de avanzar"). Por "undue" ("indebido") se entiende algo **"that ought not to be or to be done, inappropriate, unsuitable, improper, unrightful, unjustifiable"** ("que no debería ser o hacerse, inadecuado, inaceptable, impropio, incorrecto, injustificable") o **"going beyond what is warranted or natural; excessive, disproportionate"** ("que va más allá de lo aceptado o natural; excesivo, desproporcionado"). Por consiguiente, el párrafo 1 a) del Anexo C exige a los Miembros que se aseguren de que los procedimientos pertinentes se inicien y ultimen con la celeridad adecuada, es decir, que no se prolonguen durante un período inaceptable, o excesivo, desproporcionado o injustificable de algún otro modo⁶⁶³”.

Aquí lo desproporcionado está acompañado de otras nociones, tales como: impropio, inadecuado e inapropiado. Es decir que, la noción de desproporción interactúa con otras nociones, evidenciando el límite de la actuación estatal, lo que no constituye el ‘deber ser’ y, por tanto, la normalidad del actuar estatal en materia de comercio internacional. Es una noción de proporcionalidad negativa y con un sentido cualitativo.

B. La relación con la desproporción en los laudos de los TAIE

En el arbitraje internacional de inversiones con el Estado, encontramos dos relaciones explícitas entre la noción de desproporción y otros principios o estándares jurídicos. Por una parte, respecto de las medidas ‘irrazonables o desproporcionadas’. En efecto, en la decisión *Oxus v Uzbekistán*⁶⁶⁴, el tribunal hizo referencia a la desproporción de la medida estatal, como parte de los elementos que debían analizarse en relación con la supuesta vulneración al estándar de TJE. Para el tribunal:

“As set out above (see paras. 319 fol.), the FET standard as contemplated by Article 2(2) must be understood as a means to guarantee justice to foreign investors, and when doing so, for the States’ actions to give due regard to an investor’s legitimate expectations by re-

⁶⁶³ Párrafo 7.530.

⁶⁶⁴ Tribunal de arbitraje ad hoc. Laudo proferido en París, bajo las reglas CNUDMI, el 17 de diciembre de 2015, en el asunto *Oxus Gold v. The Republic of Uzbekistan*.

fraining from taking measures which are not justified under the circumstances, i.e. which are unreasonable, disproportionate or discriminatory”⁶⁶⁵.

Es decir que para el tribunal, si una medida no está justificada se entiende que es desproporcionada. Así mismo, tuvo en cuenta en un mismo punto de análisis, la referencia a medidas irrazonables, desproporcionadas o discriminatorias, contenidas en el párrafo 2 del artículo 2 del TBI. Para el tribunal: *“is the same, theses claims will be examined together”⁶⁶⁶.*

Así mismo, en la decisión *Antaris v República checa*⁶⁶⁷, el tribunal hizo referencia a la desproporción de la medida, en medio del análisis del estándar de *“legitimate expectation and arbitrary or unreasonable behaviour”⁶⁶⁸*. De hecho, el tribunal decidió estudiar el estándar en relación con cada una de las medidas tributarias acusadas de vulnerar los derechos de los inversionistas. En relación con la tasa solar, consideró que:

“The Tribunal accepts that the Respondent had the rational objective of reducing excessive profits and sheltering consumers from excessive electricity price rises, and that its actions were not arbitrary or irrational. There was an appropriate correlation between the Respondent’s objectives and the measures it took. There is nothing irrational or unreasonable about the imposition of a charge to regulate what the Respondent reasonably regarded as windfall profits and to reduce the impact on consumers, and the measures, which applied only to the most recent installations and therefore the ones able to earn the profits as a result of the decline in PV costs, were not disproportionate”⁶⁶⁹.

Igualmente, en la decisión *Unión Fenosa*⁶⁷⁰, el tribunal consideró la noción de desproporción, dentro del tratamiento discriminatorio al inversionista, que vulneró las expectativas legítimas que tenía respecto del suministro de Gas para Egipto. Para el tribunal:

“The second phase began with EGAS notice of force majeure on 24 February 2013. Before that date, the Respondent had decided to discriminate between users of gas. Exercising its sovereign authority and public powers, the Respondent directed EGAS to limit and eventually stop the supply of feed gas under the SPA to the Damietta Plant. The Respondent’s decision to discriminate against the Plant placed an excessive and disproportionate burden on the Claim-

⁶⁶⁵ Párrafo 786.

⁶⁶⁶ Párrafo 787.

⁶⁶⁷ CPA. Laudo del 2 de mayo de 2018, en el asunto *Antaris GmbH, Dr Michael Göde vs República checa*. N° 2014-01.

⁶⁶⁸ El estudio de este estándar quedó anunciado en el índice de la decisión. Ver página i.

⁶⁶⁹ Párrafo 444.

⁶⁷⁰ CIADI, laudo del 31 de Agosto de 2018, en el asunto: *Unión Fenosa Gas S.A. vs Arab Republic of Egypt*, No. ARB/14/4, párrafo 9.131.

*ant, in comparison to other non-consumer users of gas supplied by EGAS in Egypt, both Egyptian and Non-Egyptian*⁶⁷¹”.

En la decisión *Greentech v Italian Republic*⁶⁷², el inversionista consideraba que la medida tributaria acusada, era irrazonable y por tanto vulneraba el estándar de TJE así como la cláusula de deterioro, contenida en el TCE. Luego de tener en cuenta las posiciones de ambas partes, el tribunal consideró que: “*Accordingly, the Tribunal majority finds that the tariff reduction under the Spalma-incentivi Decree breached the ECT’s impairment clause. The Tribunal majority considers, on the other hand, that Claimants have not adequately proved that the Spalma-incentivi Decree was a discriminatory measure that disproportionately affected PV producers*”⁶⁷³. De acuerdo con lo anterior, la proporcionalidad implícita está presente en medio del juicio de la medida estatal. El tribunal hizo mención a la relación de los medios y los fines y consideró que el juicio del Estado, en relación con las medidas acusadas de vulneratorias a los derechos del inversionista, habían sido equilibradas y razonadas, con lo cual “*the Tribunal therefore concludes that the challenged measures did not impair the Claimant’s investment in an arbitrary or discriminatory manner*”⁶⁷⁴.

En la decisión *9REN c. Reino de España*⁶⁷⁵, el tribunal tuvo en cuenta la noción de desproporción como parte de su argumentación en relación con la supuesta expropiación indirecta a los derechos del inversionista. Para el tribunal: “a pesar de la serie de quejas de la Demandante, se le asegura la recuperación del coste de la inversión y de los costes operativos, y se le garantiza una tasa de rentabilidad razonable ligada al bono español a 10 años más 300 puntos básicos. Las medidas impugnadas no son ni desproporcionadas ni irrazonables en relación con el objetivo que pretenden lograr”⁶⁷⁶.

⁶⁷¹ Párrafo 9.131.

⁶⁷² Instituto de la Cámara de Comercio de Estocolmo-ICCE-, 23 de diciembre de 2018, en el asunto: *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, and NovEnergia II Italian Portfolio SA, v. The Italian Republic* No. V (2015/095).

⁶⁷³ Párrafo 462.

⁶⁷⁴ Párrafo 643.

⁶⁷⁵ CIADI, laudo del 31 de mayo de 2019, en el asunto: *9Ren Holding S.À.R.L. c. Reino de España*. No. ARB/15/15.

⁶⁷⁶ Párrafo 364.

En el asunto *Philips Petroleum*⁶⁷⁷, la desproporción de la medida también se relaciona con la discriminación, al determinar su existencia, en comparación con el daño sufrido por las empresas estatales, en estos términos:

“Section 1.01(a)(3) goes on to distinguish two categories of “economic damage” (which is a concept different to that of SED) against which the qualified measures in question can be “analyz[ed] globally”. The first category consists of “economic damage” that “was not actually suffered by government owned companies within the oil industry”. The second category contemplates “economic damage” which might have also been “suffered by government owned companies within the oil industry, [but where] the negative impact on [Petrozuata C.A. was] disproportionately onerous as compared to the government owned companies within the oil industry”. Thus, if either of these “economic damage[s]” is ascertained as a result of a cumulative/global analysis of the relevant qualified measures in question (i.e., those “adopted in parallel or within a reasonable period of time”), they could be deemed discriminatory despite being, facially, “equally applicable to enterprises within the oil industry in Venezuela”.

Por otra parte, encontramos la relación explícita entre la desproporción y otras nociones con similitud conceptual, respecto de las cuales se ha venido construyendo una jurisprudencia constante. Se trata del análisis de las medidas ‘caprichosas, innecesarias, irrazonables, arbitrarias, desproporcionadas y contrarias al interés público’. En efecto, encontramos la mención expresa a la proporcionalidad negativa, en medio del estudio de la supuesta vulneración a las expectativas legítimas del inversionista, con el cambio regulatorio realizado por el Estado anfitrión, en caso de no existir una cláusula de estabilidad jurídica. Por ejemplo, en la decisión *Charanne v. Kingdom of Spain*⁶⁷⁸ se consideró que: “En cuanto a la proporcionalidad, el Tribunal Arbitral estima que este criterio queda satisfecho siempre que los cambios no sean caprichosos o innecesarios y, que no lleguen a suprimir de manera imprevisible y repentina las características esenciales del marco regulatorio existente”⁶⁷⁹. Para el Tribunal, las normas de 2010:

“no pueden ser consideradas violatorias del TCE. Dichas normas, en efecto, introducen modificaciones limitadas al marco regulatorio existente en el momento de la inversión, sin suprimir sus características esenciales y en particular la existencia de una tarifa garantizada a

⁶⁷⁷ Laudo de la Cámara de Comercio Internacional-ICC-, del 24 de abril de 2018, en el asunto: *Phillips Petroleum Company Venezuela Limited Conocophillips Petrozuata B.V. vs. Petróleos de Venezuela, s.a. Corpoguanipa, s.a. Pdvs Petróleo, s.a.*, No. 20549/ASM/JPA (C-20550/ASM), párrafo 133, iv, 170.

⁶⁷⁸ Tribunal de Arbitraje con sede en Madrid, España, del 21 de enero de 2016 con base en el Tratado sobre la Carta la Energía de 17 diciembre 1994, en el asunto *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. c. Reino de España*. No.062/2012.

⁶⁷⁹ Párrafo 517

lo largo de la vida útil de las instalaciones. Los demandantes no han demostrado que, al ser irrazonables, arbitrarias, contrarias al interés público, desproporcionadas, las normas de 2010 fueran violatorias de sus expectativas legítimas”⁶⁸⁰.

En este caso se relacionó a la desproporción de la medida con otros adjetivos calificativos de la conducta estatal que vulneraría las expectativas del inversionista y en consecuencia, a la vulneración del estándar de TJE.

Ante la similitud fáctico-jurídica, el tribunal de la decisión *Eiser y otro v Reino de España*⁶⁸¹, se basó en la noción de proporcionalidad descrita en la decisión *Charanne*, para hacer su análisis de las expectativas legítimas, llevando a un resultado distinto, es decir, a condenar al Reino de España por la vulneración del estándar de TJE⁶⁸². Otro asunto, con similares circunstancias fáctico-jurídicas que el caso *Charanne*, es el asunto *Blusun v. Italia*⁶⁸³. Aquí el tribunal presentó una serie de argumentos en relación con lo que debería hacer el Estado anfitrión, en caso de ser necesario cambiar el marco regulatorio de las inversiones, de manera que no se vulneraran las expectativas legítimas. En medio de su análisis, consideró que :

*“In the absence of a specific commitment, the state has no obligation to grant subsidies such as feed-in tariffs, or to maintain them unchanged once granted. But if they are lawfully granted, and if it becomes necessary to modify them, this should be done in a manner which is not disproportionate to the aim of the legislative amendment, and should have due regard to the reasonable reliance interests of recipients who may have committed substantial resources on the basis of the earlier regime. These considerations apply even more strongly when the context is subsidies or the payment of special benefits for particular economic sectors”*⁶⁸⁴.

El tribunal advirtió que la medida estatal debía estar justificada en un análisis de la desproporción de la medida, tanto del objetivo de la reforma legislativa, como de los efectos en relación con los intereses comprometidos.

⁶⁸⁰ Párrafo 539.

⁶⁸¹ CIADI. Laudo del 4 de mayo de 2017, en el asunto *Eiser Infrastructure Limited Y Energia Solar Luxembourg S.À R.I.C. Reino De España*, No. ARB/13/36.

⁶⁸² En el párrafo 370 se cita la noción de proporcionalidad aplicada en *Charanne*. Sin embargo, para el tribunal se actuó de forma abrupta en la modificación del marco legislativo en el que se había hecho la inversión y, por tanto, se vulneraron las expectativas legítimas del inversionista, ver párrafos 365 y ss.

⁶⁸³ CIADI, laudo del 27 de diciembre de 2016, en el asunto: *Blusun S.A. Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein Vs Italian Republic*, No. ARB/14/3.

⁶⁸⁴ Párrafo 372.

Así mismo, en la decisión *Antin v Spain*⁶⁸⁵, el Tribunal se acogió a la visión del estándar de proporcionalidad, expresamente reconocida en la decisión *Charanne*⁶⁸⁶. Así mismo, en la decisión *Foreshight*⁶⁸⁷ el tribunal acogió la visión de proporcionalidad negativa descrita en *Charanne*⁶⁸⁸. Igualmente, en el asunto *Soles bajadoz v Spain*⁶⁸⁹.

De acuerdo con lo antes visto, la mención textual a la desproporción de la medida, hace parte del análisis, conjunto, con otros principios o estándares jurídicos. Sin embargo, no es la única forma en la que la proporcionalidad negativa se manifiesta de manera explícita.

También se hace referencia a la proporcionalidad positiva, en medio del análisis del estándar de arbitrariedad, por parte de los TAIIE. Por ejemplo, en el asunto *Electrabel v Hungría*⁶⁹⁰. Para el inversionista, Hungría actuó de forma “*unjust, arbitrary, abusive, inconsistent and disproportionate*”⁶⁹¹, toda vez que no incluyó dentro del pago de las ganancias algunos costos, con lo cual, se vulneró el estándar de TJE. Dando respuesta a lo anterior, el tribunal anunció el estudio del estándar de arbitrariedad en el índice de su decisión. Así mismo, dedicó más de diez páginas al estudio de dicho estándar. El tribunal comenzó definiendo el ‘*standard for arbitrariness*’ así:

“(…) *a measure will not be arbitrary if it is reasonably related to a rational policy. (...) In the Tribunal’s view, this includes the requirement that the impact of the measure on the investor be proportional to the policy objective sought. The relevance of the proportionality of the measure has been increasingly addressed by investment tribunals and other international tribunals, including the ECtHR. The test for proportionality has been developed from certain municipal administrative laws, and requires the measure to be suitable to achieve a legitimate policy objective, necessary for that objective, and not excessive considering the relative weight of each interest involved*”⁶⁹².

⁶⁸⁵ CIADI, laudo del 15 de junio de 2018, en el asunto: *Antin vs Infrastructure Services Luxembourg s.à.r.l. and Antin Energia Termosolar b.v., vs. Kingdom of Spain*, No. ARB/13/31, párrafos 556 y ss.

⁶⁸⁶ Párrafo 556.

⁶⁸⁷ Instituto de la Cámara de Comercio de Estocolmo-ICCE-, 14 de Noviembre de 2018, en el asunto: *Foresight Luxembourg Solar y otros vs. Kingdom of Spain*, No. V (2015/150), párrafo 377.

⁶⁸⁸ Párrafo 377.

⁶⁸⁹ CIADI, laudo del 31 de julio de 2019, en el asunto: *Soles badajoz GMBH vs Kingdom of Spain*. No.ARB/15/38, párrafo 308 y ss, párrafo 317.

⁶⁹⁰ CIADI, laudo del 25 de Noviembre de 2015, en el asunto: *Electrabel s.a. c. Hungary*, No. ARB/07/19

⁶⁹¹ Párrafo 124.

⁶⁹² Párrafo 179.

De manera que, la proporcionalidad, con una visión similar al del test desarrollado por el TEDH, ha sido incluido en el análisis de la arbitrariedad de la medida. A pesar de que pareciera ser una visión positiva de la proporcionalidad, lo hemos incluido en este aparte, teniendo en cuenta que se emplea al interior de otros principios o estándares jurídicos que comparten el sentido negativo de la proporcionalidad.

En cuatro laudos arbitrales, proferidos en la misma fecha, por la Corte Permanente de Arbitraje, contra la República Checa⁶⁹³, observamos que se siguió un razonamiento similar, en relación con los cargos de vulneración al estándar de no deterioro de las inversiones o ‘*Non-Impairment Standard*’⁶⁹⁴, contenido en el artículo 10(1) del TCE. En efecto, en los cuatro casos, estamos ante la introducción de una tasa solar y medidas fiscales sobre las ganancias a la producción de energías fotovoltaicas. Para los demandantes, las inversiones realizadas se vieron significativamente perjudicadas; las medidas fueron arbitrarias o discriminatorias, inconsistentes e intrínsecamente irrazonables. En cambio, para el demandado, se actuó de manera razonable al implementar las medidas acusadas. Ante esto, el tribunal decidió estudiar todos los cargos en un único análisis. En efecto, en las cuatro decisiones, el tribunal, que conoció cada caso, consideró que debía analizarse la relación entre el medio utilizado y el fin perseguido, en estos términos: “(...) ‘*an appropriate correlation between the state’s public policy objective and the measure adopted to achieve it*’ must exist”⁶⁹⁵. De hecho, “(...) *in the Tribunal’s view, the determinative question is not whether the impairment was substantial, but whether the challenged measures were promulgated in pursuit of a rational policy and were implemented in a reasonable manner*”⁶⁹⁶. Es decir que, para el tribunal debe existir una relación apropiada entre una medida razonable y un fin público racional.

⁶⁹³ CPA. Laudos del 15 de mayo de 2019, bajo las reglas CNUDMI de 1976, en los asuntos: *WA Investments-Europa Nova Limited v The Government of Czech Republic*, N° 2014-19; *Voltaic Network Gmbh v The Government Of The Czech Republic*, N° 2014-20; *Photovoltaik Knopf Betriebs-Gmbh v The Government of Czech Republic* N° 2014-21; *I.C.W. Europe Investments Limited v The Government of Czech Republic*, N° 2014-22.

⁶⁹⁴ En vista de los elementos comunes en la citación de los laudos arbitrales, en adelante se mencionará el asunto con base en el nombre del demandante y el párrafo correspondiente. Ver: *WA Investments-Europa Nova Limited*: párrafo 639; *Voltaic Network Gmbh*: párrafo 555 ; *Photovoltaik Knopf Betriebs-Gmbh*: párrafo 550 y *I.C.W. Europe Investments Limited v The Government of Czech Republic*: párrafo 592.

⁶⁹⁵ *WA Investments-Europa Nova Limited*: párrafo 647; *Voltaic Network Gmbh*: párrafo 564 ; *Photovoltaik Knopf Betriebs-Gmbh*: párrafo 559 y *I.C.W. Europe Investments Limited v The Government of Czech Republic* Párrafo 600.

⁶⁹⁶ *WA Investments-Europa Nova Limited*: párrafo 639; *Voltaic Network Gmbh*: párrafo ; *Photovoltaik Knopf Betriebs-Gmbh*: párrafo 696 y *I.C.W. Europe Investments Limited v The Government of Czech Republic*: párrafo 636.

Luego, recordó algunos argumentos de las partes. Específicamente que, según el demandado, las modificaciones relacionadas con la tributación estaban motivadas por el deseo del Estado de salvaguardar el presupuesto del Estado, en medio de una crisis económica global. Así mismo que, según el demandante, se introdujo la tasa solar, junto con un subsidio al presupuesto estatal, para reducir una percepción excesiva causada por los costos de la energía en los consumidores y compartirla con lo que el demandante consideró producciones de electricidad fotovoltaica excesivamente rentables⁶⁹⁷. El tribunal consideró que, el demandado había llevado a cabo un juicio de ponderación que lo llevó a tomar una decisión razonada. Según el tribunal:

*“The Tribunal finds that a “balancing” policy whereby electricity prices are lowered for the benefit of the general public and there is an equivalent diminution in excessive profits of PV investors, such that an excessive burden put on consumers might be alleviated, qualifies as a rational policy within the meaning of the above-referenced definition. Having carefully considered all the circumstances, the Tribunal finds the Respondent’s explanation plausible. It concludes that the challenged measures were clearly aimed at addressing a public interest matter”*⁶⁹⁸.

Teniendo en cuenta los porcentajes de pago de impuestos y la afectación porcentual de las ganancias de los inversionistas, *“In the Tribunal’s view, the Respondent also acted in a reasonable manner when implementing the challenged measures”*⁶⁹⁹

Así mismo, encontramos el uso del estándar de proporcionalidad, en esta ocasión, la alusión a la desproporción, al interior del análisis de arbitrariedad, en la decisión *Copper Mesa v The Republic of Ecuador*⁷⁰⁰. En efecto, en medio del estudio del estándar TJE, el tribunal hizo uso de la noción de proporcionalidad, para definir la actitud arbitraria del Estado, en estos términos:

*“In the Tribunal’s view, in the circumstances, the Respondent’s conduct was arbitrary, in the sense that it was unreasonable and disproportionate at that time to side so completely with the anti-miners as to make it impossible, both legally and physically, for the Claimant to complete its EIS, with inevitable consequences”*⁷⁰¹.

⁶⁹⁷ Párrafo 695.

⁶⁹⁸ Párrafo 635.

⁶⁹⁹ Párrafo 640.

⁷⁰⁰ CPA. Laudo del 15 de marzo de 2016, bajo las reglas CNUDMI de 1976, en el asunto *Copper Mesa Mining Corporation v The Republic of Ecuador*. NO. 2012-2.

⁷⁰¹ Párrafo 6.84.

De manera que, la desproporción tiene distintas formas y contenidos. Lo mismo ocurre, con el uso explícito de la proporcionalidad positiva, tal como veremos, a continuación.

Sección 2. La proporcionalidad desde una perspectiva positiva

Cierto, el significado de lo proporcional o proporcionado puede variar de un contexto jurídico a otro. Para CALAMITA, el control de proporcionalidad:

“requires that the state action be proportionate to its objectives. Thus, in order to establish whether a provision of law is compatible with the principle of proportionality, it often said that a court of tribunal must assess whether the means it employs to achieve the aim it pursues correspond to the importance of the aim and whether the chosen means are necessary for its achievement”.⁷⁰²

En el derecho de la OMC y de las inversiones internacionales, los autores presentan dos tipos de definiciones de la proporcionalidad antes de abordar el análisis de fondo. El primer tipo de definición, sigue el test de origen alemán, con el que, una vez determinada la idoneidad del fin perseguido, se hace un estudio de la idoneidad o adecuación de la medida objeto de control; luego el análisis de la necesidad de la medida y finalmente se revisa la proporcionalidad *stricto sensu* o ponderación. El uso de la estructura tri-partita es considerada ventajosa pues *“it allows the person conducting proportionality analyses to think analytically, not to skip over things which should be considered, and to consider them in their time and place”*⁷⁰³. A pesar de que los tres componentes del test de proporcionalidad no son aplicados *“in a mechanical, text-book manner, but rather provide the basis for balancing different components and aspects at stake under the facts of a particular case”*.⁷⁰⁴

El segundo tipo de definición es muy similar al utilizado en el derecho de las contramedidas internacionales, el cual, lejos de supeditarse a un test de tres o cuatro componentes, el análisis de la proporcionalidad fue concebido de forma abierta. *« Il s'agit chaque fois de déterminer l'ampleur permise d'actes qui constituent des atteintes à la sphère*

⁷⁰² CALAMITA N. Jansen, « The principle of proportionality and the problem of indeterminacy in international investment treaties », pp. 157-200, in BJORKLUND Andrea, Yearbook on international investment law & policy, 2013-2014, Oxford, Oxford University Press, 2015, 655p, p. 172.

⁷⁰³ BARAK Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, New York, Cambridge University Press, 2012, 638 p., p. 461

⁷⁰⁴ COTTIER Thomas et al. “The Principle of Proportionality in International Law: Foundations and Variations”, in *Journal of World Investment & Trade* vol. 18, 2017, pp. 628-672, p: 630.

*juridiquement protégée d'autrui, et qui de ce fait doivent être limités » (...) « En ce sens, la proportionnalité n'est jamais seulement quantitative, elle est toujours aussi qualitative. L'individualisation de son optique trouve un fondement objectif et donc aussi une limite dans la finalité indiquée de la proportionnalité: le rétablissement de l'équilibre troublé.*⁷⁰⁵

Ahora bien, la doctrina en materia de inversiones internacionales, reconoce la importancia de una ponderación o « *balancing* » entre los intereses del Estado y los intereses del inversionista, “*after all, host States have a responsibility to govern in the interest of all of those within their jurisdiction, and to promote many other public objectives as well as investment*”⁷⁰⁶. Incluso, los árbitros son conscientes de la dificultad que esto implica, “*the right of the host State to adopt its economic policies together with the rights of investors under a system of guarantees and protection are at the very heart of this difficult balance, a balance which the ICSID Convention was careful to preserve*”.⁷⁰⁷

Igualmente, en el derecho de la OMC, los autores están de acuerdo en que debe existir un “balance” o equilibrio entre las obligaciones comerciales adquiridas por los Estados y otras obligaciones jurídicas⁷⁰⁸.

Consideramos que la ponderación es uno de los elementos más importantes del control de proporcionalidad existente en el derecho internacional económico, puesto que si bien en algunos casos de arbitraje en inversiones, el árbitro se ha inspirado en el test usado por las Altas Cortes Europeas, en la mayoría de los casos, el árbitro tanto de inversiones internacionales como de la OMC hace uso del control de proporcionalidad expreso y tácito basado en la búsqueda de un justo equilibrio o proporcionalidad *stricto sensu*. De hecho, al interior de uno o varios componentes del test, esto es, en el estudio de la adecuación y la necesidad o de otros principios cercanos, tales como la razonabilidad, podemos encontrar el uso implícito de la proporcionalidad a través de la “mise en balance” o “balancing”. Sin

⁷⁰⁵ KOLB Robert, « La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions – Essai de clarification conceptuelle », in SICILIANOS Linos-Alexandre, FORLATI-PICCHIO Laura, (éds), *Les sanctions économiques en droit international*, Leiden, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, pp. 379-443, p. 380-381.

⁷⁰⁶ CIADI. Laudo del 12 de mayo de 2005, en el asunto, *CMS Gas Transmission Co v. Republic of Argentina*, párrafo 28.

⁷⁰⁷ *Ibid.* párrafo 499

⁷⁰⁸ MARCEAU Gabrielle; MARQUET Clement, « La jurisprudence de l'OMC et la recherche d'un équilibre entre développement économique et considérations non-commerciales: le cas de l'environnement », in *Revue Québécoise de Droit International*, vol. 30, 2017, pp. p. 142.

embargo, siguen siendo pocas las decisiones en las que los árbitros de la OMC o de inversiones internacionales aplican un control de proporcionalidad *stricto sensu*, puesto que podría llevar a la intromisión en la soberanía jurídica de los Estados, distinto ocurre con la proporcionalidad negativa, donde las decisiones tienden a ser más deferentes.

Pues bien, encontramos dos tipos de manifestaciones de la noción de proporcionalidad positiva, que inciden en los elementos de su contenido actual. Por una parte, la proporcionalidad positiva, expresada de manera autónoma (§1). Por otra parte, la proporcionalidad relacionada con otros principios o estándares jurídicos, tanto en las reglas convencionales como en la práctica decisonal reciente (§2).

§ 1- Lo proporcional o proporcionado

Los términos ‘proporcional’, ‘proporcionado’ o ‘proporcionalidad’ están presentes en las fuentes del derecho internacional económico. Así mismo, los términos ponderación, ‘*mise en balance*’ o ‘*balancing*’ que son considerados sinónimos. Por una parte, en el derecho de la OMC, así como en disposiciones convencionales en materia de comercio internacional con el Estado, por fuera de los Acuerdos Marco (A). Por otra parte, la mención expresa a la proporcionalidad positiva la encontramos en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado (A).

A. En las relaciones de comercio internacional con el Estado

La proporcionalidad se manifiesta en forma cuantitativa, es decir, en el análisis de dos cantidades, o entre una infracción y una sanción (1). Así mismo, en la relación entre la medida y el objetivo público que persigue, o proporcionalidad cualitativa (2).

1. La proporcionalidad cuantitativa

Recordemos que, según el ASMC, las subvenciones pueden ser prohibidas y recurribles. En este último caso, encontramos tres tipos. En primer lugar, la subvención a las importaciones, en el territorio del Miembro reclamante, que ocasiona daño a una rama de producción nacional. Este tipo de subvención permite la adopción de medidas compensatorias. En segundo lugar, las subvenciones concedidas a un tercer país, cuyos

efectos desfavorables se manifiestan en un perjuicio grave el perjuicio grave. Normalmente, el perjuicio grave es consecuencia de efectos desfavorables (por ejemplo, desplazamiento de las exportaciones) en el mercado del Miembro que concede la subvención o en el de un tercer país. Así pues, a diferencia del daño, puede servir de fundamento de una reclamación la lesión de los intereses exportadores de un Miembro. Finalmente, la anulación o menoscabo de las ventajas resultantes del AGCS. La anulación o menoscabo surge, casi siempre, cuando la subvención socava el mejor acceso a los mercados que supuestamente surge de una reducción del arancel consolidado. El Miembro reclamante deberá demostrar, ante el OSD, los efectos desfavorables de la subvención para el comercio, lo que requiere un análisis intensivo de los hechos por parte del órgano jurisdiccional⁷⁰⁹.

Pues bien, el artículo 8 del ASMC, relativo a la identificación de las subvenciones no recurribles, en su numeral 8.2, literal c), numeral iv), establece que las medidas de subvención relativas a nuevas exigencias ambientales, que supongan obligaciones o una mayor carga financiera, y que sean proporcionadas a la reducción de molestias y la contaminación prevista por una empresa, no serán recurribles. Es decir que, si existe el elemento de proporcionalidad no son objeto de recursos. Igualmente, el artículo 9 del mismo Acuerdo, relativo a las consultas y acciones autorizadas, establece que en caso de que un Miembro no se siga la recomendación producto de una consulta, se autoriza al Miembro que haya solicitado la consulta, “que adopte las contramedidas pertinentes proporcionadas a la naturaleza y al grado de los efectos cuya existencia se haya determinado⁷¹⁰”.

Pues bien, la proporcionalidad ingresa en el análisis de las contramedidas que pueden tomar los Estados afectados con las subvenciones que no han sido corregidas, con ocasión del informe del OSD que ase haya proferido al respecto. De hecho, la proporcionalidad positiva está presente en las notas a pie de página 9 y 10 de los Artículos 4.10 y 4.11. Dichos artículos obligan al respeto del carácter apropiado de las contramedidas, en relación con los subsidios prohibidos y la concordancia con las subvenciones accionables⁷¹¹. Así mismo, los artículos 7.9 y 7.10 del Acuerdo SCM se refieren a las contramedidas ‘proporcionadas’. En efecto, según el numeral 9 del artículo 7, el OSD puede autorizar al Miembro reclamante que adopte

⁷⁰⁹ OMC. Explicación del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias información contenida en la página web: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/scm_s/subs_s.htm

⁷¹⁰ Artículo 9 del ASMC.

⁷¹¹ Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/24-scm.pdf.

contramedidas proporcionadas “al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado”, siempre que “el Miembro que causó la infracción no haya adoptado medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables de la subvención (...) y de que no se haya llegado a un acuerdo sobre la compensación⁷¹²”. Así mismo, el numeral 10 del artículo 7, autoriza al árbitro, convocado al amparo de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, para que determine si las contramedidas que ha adoptado el Miembro reclamante “son proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado”⁷¹³.

Por otra parte, encontramos la proporcionalidad positiva explícita en, en la Sección 2, artículo 46 del ADPIC, sobre procedimientos y recursos civiles y administrativos. Esa disposición obliga a las autoridades judiciales de los países Miembros que, al resolver sobre una solicitud judicial, se tenga en cuenta: “la necesidad de que haya proporción entre la gravedad de la infracción y las medidas ordenadas como los intereses de terceros⁷¹⁴”. Es decir que, en este caso estamos ante el reconocimiento de una proporcionalidad cuantitativa, en la que se revisa la relación entre el peso de la sanción a la infracción y la gravedad de esta última.

En cuanto a la práctica reciente del OSD sobre el tema, además de las decisiones, *Estados Unidos - Hilados de algodón*⁷¹⁵ *Estados Unidos - Tubos al carbono*⁷¹⁶, en los últimos cinco años, encontramos pocas menciones a la proporcionalidad positiva explícita. Una de ellas, es la reciente decisión del Arbitro en el asunto *Estados Unidos-Grandes Aeronaves (Segunda Reclamación)*⁷¹⁷, en donde el árbitro, que decidió el recurso de los Estados Unidos al párrafo 6 del artículo 22 del ESD analiza la proporcionalidad, nos da luces sobre el significado de la

⁷¹² Artículo 7.9 del ASMC.

⁷¹³ Artículo 7.10 del ASMC.

⁷¹⁴ El ADPIC es el Anexo 1C del GATT de 1994, disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs/s/legal/s/27-trips_01_s.htm

⁷¹⁵ OMC. Informe del órgano de apelación del 8 de octubre de 2001, en el asunto Estados Unidos - Medida de salvaguardia de transición aplicada a los hilados peinados de algodón procedentes del Pakistán. No. WT/DS192/AB/R, párrafos 120 a 122.

⁷¹⁶ Informe del órgano de apelación del 15 de febrero de 2002, en el asunto *Estados Unidos - medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea*. No. WT/DS202/AB/R, párrafos 253 y 256.

⁷¹⁷ OMC. Decisión del árbitro, al recurso de los Estados Unidos al párrafo 6 del artículo 22 del ESD, del 13 de octubre de 2020, en el asunto: *Estados Unidos - medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*. No. WT/DS353/ARB.

13 de octubre de 2020

proporcionalidad, en materia de contramedidas. En efecto, respecto del nivel máximo de suspensión anual de las subvenciones, a la luz del artículo 7.10 del Acuerdo SMC, el árbitro consideró que:

“La expresión ‘proporcionadas al’ que figura en el artículo 7.10 del Acuerdo SMC connota una correspondencia de ‘un grado de equivalencia menos preciso que la correspondencia numérica exacta’ entre los ‘efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado’ y las ‘contramedidas’ propuestas. (...) Aun suponiendo, como cuestión general, que el criterio de proporcionalidad pudiera permitir algún grado limitado de discrepancia entre el nivel de las contramedidas propuesto y el valor de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado, un reajuste de USD 3.993.212.564 a USD 8.581.019.068, en nuestra opinión, excedería en mucho cualquier grado de discrepancia admisible. En consecuencia, no podemos aceptar la cifra de USD 8.581.019.068 como el valor anualizado correspondiente a 2015 ‘proporcionad{o}’⁷¹⁸”.

Así mismo, consideró que:

“Por tanto, no percibimos que sea necesario ni esté justificado, en las circunstancias particulares del presente procedimiento, establecer el valor de la suspensión anual correspondiente a 2015 en un nivel superior al valor anualizado de los efectos desfavorables correspondiente a 2015 que hemos establecido. En consecuencia, determinamos que el valor anualizado correspondiente a 2015 “proporcionad{o}” y, por lo tanto, el nivel máximo de suspensión anual es de USD 3.993.212.564⁷¹⁹”.

De manera que, la proporcionalidad, en estos casos, se entiende como una relación de equivalencia cuantitativa o económica. También observamos un concepto de proporcionalidad positiva, desde una visión cualitativa del mismo, en materia de subsidios y contramedidas, que se desprende de la lectura de los tratados y acuerdos recientes.

2. La proporcionalidad cualitativa

En los informes recientes del OSD no se ha tratado la proporcionalidad cualitativa, desde una perspectiva positiva. En cambio, encontramos este sentido de la proporcionalidad, en los tratados y acuerdos, con disposiciones en materia de comercio internacional con el Estado. Allí el estándar de proporcionalidad tiene en cuenta factores no económicos, tales como, los objetivos de política pública. Por ejemplo, en el artículo 159 del tratado entre la Unión Europea y Kazahstan se establece que, las medidas compensatorias deben ser

⁷¹⁸ Párrafo 6.323.

⁷¹⁹ Párrafo 6.324.

proporcionales, a la diferencia sustancial que pretenden abordar. Así mismo, según dicho artículo: “(1) *A subsidy is proportionate if its amount is limited to what is necessary to achieve the objective*⁷²⁰”. Así mismo, encontramos una proporcionalidad no económica, en el tratado entre Armenia-UE-CEPA de 2017. En efecto, el artículo 291, que define el alcance de los subsidios, establece que: “*Exemptions from application of the rules in this Section shall be limited to tasks of public interest, proportionate to public-policy objectives assigned to them*⁷²¹”. En ambos casos, se invita a analizar tanto el objetivo de política pública que creó el subsidio como la cuantía para luego revisar la proporcionalidad entre el subsidio y sus efectos negativos. Nos hace pensar en una proporcionalidad cualitativa, a luz del derecho de contramedidas internacionales.

También se hace referencia a una proporcionalidad positiva no económica, en materia de contramedidas. Por ejemplo, en el acuerdo entre la UE-SADC-EPA de 2017, el artículo 188 hace referencia a la proporcionalidad entre la infracción a los derechos de propiedad intelectual y las contramedidas que adopte el Estado ofendido, en estos términos: “*Article 86 Temporary remedies in case of non-compliance. (...) 3. In adopting such measures, the complaining Party shall seek to select measures proportionate to the violation which least affect the attainment of the objectives of this Agreement and shall take into consideration their impact on the economy of the Party complained against and on the individual SADC EPA States*⁷²²”. Así mismo, se exige la proporcionalidad entre la infracción y las medidas compensatorias, en el Acuerdo entre Canadá-UE-CETA de 2016, así: “*Compensatory measures should be proportionate to the substantial difference which they seek to address*⁷²³”.

Finalmente, encontramos una proporcionalidad cualitativa, en el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos De Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, en adelante -ADPIC-. En efecto, ante la infracción de alguna de las disposiciones del Acuerdo, el artículo 46 advierte que, las autoridades judiciales del país en donde se cometió la infracción podrán ordenar que la mercancía sea apartada de los circuitos comerciales e incluso destruida. Para ello, se tendrá en cuenta “tanto la necesidad de que haya proporción entre la gravedad de la

⁷²⁰ Artículo 159, párrafo 3, numeral 1. TBI entre la UE-Kazajistán, *op.cit.* Página L-29/75.

⁷²¹ Sección C. Artículo 291. Definición y alcance de los subsidios. Acuerdo entre Armenia-UE-CEPA, *op.cit.*, página AM/EU/en 272.

⁷²² Artículo 86, página L-250/41.

⁷²³ Anexo 11-A. *Guidelines for MRAs. Step Three: Compensatory Measures*, p.374.

infracción y las medidas ordenadas como los intereses de terceros”⁷²⁴. Así mismo, encontramos la referencia a la proporcionalidad entre la infracción y las medidas de respuesta a la misma, en el tratado entre Canadá y Corea en 2014. Específicamente, en las obligaciones generales respecto de la ejecución de los derechos de propiedad intelectual. Según el artículo 16.13:

“Enforcement of Intellectual Property Rights. General Obligations (...). 3. In implementing this Chapter, each Party shall take into account the need for proportionality between the seriousness of the infringement, the interests of third parties, and the applicable measures, remedies, and penalties (...).”⁷²⁵

Similar disposición la encontramos en el numeral 2 del artículo 254 de la Asociación económica CEPA-Armenia (2017)⁷²⁶, así como en el numeral 2 del artículo 151 de la económica entre los Estados miembros del CARIFORUM y el Reino Unido⁷²⁷.

De acuerdo con lo antes visto, en las reglas convencionales recientes se hace mención a la proporcionalidad positiva, lo que significa que existe un potencial de evolución en cuanto a la aplicación de esta visión del estándar de proporcionalidad⁷²⁸. En cambio, en el derecho internacional de inversiones con el Estado, la proporcionalidad positiva aún no tiene un reconocimiento como concepto jurídico autónomo, de hecho, la proporcionalidad explícita se encuentra en los laudos de los TAIIE.

B. La proporcionalidad y el ‘balancing’ en el derecho internacional de inversiones con el Estado

En efecto, encontramos, la referencia explícita a las medidas proporcionadas, en materia de tratamiento justo y equitativo, así como, en materia de expropiación indirecta, en la

⁷²⁴ Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos De Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, artículo 46, disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf

⁷²⁵ Artículo 16.13, *ibid.*

⁷²⁶ Ver también: Tratado CEPA Armenia y UE, firmado el 24 de Noviembre de 2017 aún sin entrada en vigencia. Artículo 261. *Alternative measures*, página AM/EU/en 238.

⁷²⁷ Tratado de Asociación Económica entre los Estados miembros del CARIFORUM y el Reino Unido, firmado el 22 de marzo de 2019, aún no vigente. Ver el artículo 159. *Alternative measures*. Página 53.

⁷²⁸ Hasta la fecha no se han resuelto disputas, respecto de los tratados y acuerdos, por fuera de los Acuerdos Marco, cuya resolución se haya encargado al OSD de la OMC.

reciente práctica de los TAIIE, bien sea a través del análisis de las medidas proporcionadas (1), o bien, a través del *balancing* o ponderación (2).

1. La referencia a medidas proporcionadas

En la decisión *UP and CD Holding*⁷²⁹, el estándar de “*Proportionality and the Effect of the Measure*” fue anunciado en el índice del laudo arbitral, abordando el estudio específico de la proporcionalidad de la medida como un estándar independiente⁷³⁰. El tribunal definió el estándar de proporcionalidad, en estos términos:

*“To be a legitimate exercise of police power, regulatory measures must be proportionate to the public purpose pursued. That measures are adopted in the public interest does not preclude them from being expropriatory or absolve the state from its duty to compensate. As with any other measure, the critical question is the extent of the interference with the investor’s property. The deference due to a host state does not preclude tribunals from scrutinizing the proportionality of the measures adopted”*⁷³¹.

Se hace referencia a que la medida fue “proporcional” en la decisión *Philip Morris v Uruguay*⁷³², en estos términos:

“Uruguay adoptó las Medidas Impugnadas con el fin de proteger la salud pública en observancia de sus obligaciones nacionales e internacionales. Por motivos que se explicarán en profundidad en relación con los reclamos planteados en virtud del Artículo 3(2) del TBI, 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 Abal⁷³³”.

El anterior aparte fue citado en la decisión *Koch Minerals v Venezuela*⁷³⁴, como forma de reconocimiento de la proporcionalidad en el análisis de la medida estatal acusada de vulne-

⁷²⁹ CIADI, laudo del 9 de octubre de 2018, en el asunto: *UP and C.D Holding Internationale v. Hungary*, No. ARB/13/35, párrafo 394 y ss.

⁷³⁰ Ver el índice en la página iii.

⁷³¹ Párrafo 370.

⁷³² CIADI. Laudo del 8 de julio de 2016, en el asunto *Philip Morris Brands SÁRL, y otros v República Oriental del Uruguay*. N° ARB/10/7, párrafos 306, 409, 410, 420.

⁷³³ Párrafo 306.

⁷³⁴ ICSID. Laudo del 30 de octubre de 2017, en el asunto *Koch Minerals SÁRL y otro v The Bolivarian Republic of Venezuela*. No. ARB/11/19

rar el estándar de expropiación indirecta⁷³⁵. Así mismo, en la decisión *UAB Energija*⁷³⁶, si bien no se aplica de forma detallada el estándar de proporcionalidad, se hace referencia al ‘balancing’ y al principio de proporcionalidad, desarrollado en decisiones anteriores, en estos términos:

“The Tribunal also notes that certain investment tribunals have considered that a balancing of interests may be required. For instance, in LG&E the tribunal held: (...), the Tribunal must balance two competing interests: the degree of the measure’s interference with the right of ownership and the power of the State to adopt its policies⁷³⁷”. “However, it then added (albeit, invoking a proportionality test, which is controversial): With respect to the power of the State to adopt its policies, it can generally be said that the State has the right to adopt measures having a social or general welfare purpose. In such a case, the measure must be accepted without any imposition of liability, except in cases where the State’s action is obviously disproportionate to the need being addressed. The proportionality to be used when making use of this right was recognized in Tecmed, which observed that “whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact, has a key role upon deciding the proportionality⁷³⁸”.

Además, de la mención explícita de la proporcionalidad o medidas proporcionadas, la proporcionalidad positiva, también se ha manifestado en el razonamiento arbitral a través del concepto de ponderación o ‘balancing’. Especialmente respecto del tratamiento justo y equitativo al inversionista.

2. El reconocimiento de la ponderación o “balancing”

Además del caso *RREEF y otro v Spain*, visto con anterioridad⁷³⁹, los tribunales de arbitraje se han referido expresamente a la necesidad de llevar a cabo un juicio de proporcionalidad, en medio del estudio del estándar TJE. Por ejemplo, en el asunto *Mamidoil v Albania*⁷⁴⁰, el tribunal de arbitraje decidió llevar a cabo un juicio de ponderación, al interior del análisis del estándar de TJE. De hecho, para el tribunal: “*The necessity of balancing is clearly ex-*

⁷³⁵ Además de la cita anterior, no se hacen mayores referencias explícitas al estándar de proporcionalidad. Cfr. capítulo 6, *infra*.

⁷³⁶ CIADI, laudo del 22 de diciembre de 2017, en el asunto: *UAB Energija vs Republic of Latvia*, No. ARB/12/33.

⁷³⁷ Párrafo 1087.

⁷³⁸ Párrafo 1087.

⁷³⁹ Ver capítulo 1, *supra*.

⁷⁴⁰ CIADI. Laudo del 30 de marzo de 2015, en el asunto: *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v Republic of Albania*. No. ARB/11/24

pressed in legal literature: ‘The interpretation of fair and equitable treatment must take into account legitimate public interests in regulating investments to achieve national objectives and the enforcement of laws. At the same time, it must be recognized that the express purpose of IIA’s is to promote and protect investments and that fair and equitable treatment must be read in that context’⁷⁴¹. Mas adelante reafirmó la necesidad del balancing, en el estudio del estándar de TJE : “Put differently, the standard is addressed to both the State and the investor. Fairness and equitableness cannot be established adequately without an adequate and balanced appraisal of both parties’ conduct”⁷⁴².

Así mismo, en la decision *United Utilities y otros v Estonia*⁷⁴³ se incluyó la proporcionalidad de la medida estatal, como parte del estudio del estándar TJE, específicamente en relación con sus expectativas legítimas. “The assessment of alleged legitimate expectations thus requires balancing these expectations against the State’s legitimate regulatory interest »⁷⁴⁴. Luego de analizar la distinción entre compromisos contractuales y expectativas legítimas, anunció llevar a cabo: “A Necessary Balance between the Investor’s Expectations and the State’s Right to Regulate”⁷⁴⁵.

Así mismo, en la decisión *Glencore v Colombia*⁷⁴⁶, encontramos la mención a la ponderación, en medio del estudio del estándar de TJE, así:

« In evaluating the State’s conduct, the Tribunal must balance the investor’s right to be protected from improper state conduct against other legally relevant interests and countervailing factors. First among these factors is the principle that legislation and regulation are dynamic, and that (absent a treaty obligation to the contrary) States enjoy a sovereign right to amend their laws and regulations and to adopt new ones in furtherance of public interest, the conception of which can change over time. Other countervailing factors affect the investor: it is the investor’s duty to perform an appropriate pre-investment due diligence review and to observe a proper conduct both before and during the investment »⁷⁴⁷.

⁷⁴¹ Párrafo 620.

⁷⁴² Párrafo 634.

⁷⁴³ CIADI. Laudo del 21 de junio de 2019, en el asunto: *United Utilities (Tallinn) B.V. ; Aktsiaselts Tallinna Vesi v. Republic of Estonia*. No. ARB/14/24.

⁷⁴⁴ Párrafo 579.

⁷⁴⁵ Párrafos 588 y ss.

⁷⁴⁶ CIADI. Laudo del 27 de agosto de 2019, en el asunto *Glencore International A.G. And C.I. Prodeco S.A. v Republic Of Colombia*. No. ARB/16/6

⁷⁴⁷ Párrafo 1311.

Del mismo modo, en la decisión *CEF Energia v Italia*⁷⁴⁸ se hizo referencia expresa a la ponderación de intereses, dentro del estudio de las expectativas legítimas y, por tanto, de la supuesta vulneración al TJE⁷⁴⁹. De hecho, el tribunal hizo la ponderación a favor del inversionista⁷⁵⁰.

Finalmente, en la decisión *Tethyan Cooper v Pakistan*⁷⁵¹, el tribunal afirmó que, la proporcionalidad *stricto sensu*, hace parte de la definición del estándar TJE, así:

*“What, then, is the content of this autonomous FET standard? In the Tribunal's view, a dominant principle of the FET standard is the protection of the investor's legitimate, investment-backed expectations. The Parties both accept this obligation, although Respondent emphasizes that the concept of legitimate expectations does not simply correspond to any subjective hopes of the investor, but is rather qualified by objective requirements, such as reasonableness, existence of specific representations made by the State, causality for the investment decision, balance of interests and the investor's conduct”*⁷⁵².

Además de los casos en los que de forma explícita y directa se hizo uso del principio de proporcionalidad, que hemos mencionado con anterioridad⁷⁵³, encontramos que, la proporcionalidad positiva es un concepto, que al igual de la proporcionalidad negativa, se acompaña de otros principios o estándares jurídicos.

§ 2 La proporcionalidad y otros estándares jurídicos

La proporcionalidad positiva, al igual que la negativa, además de ser reconocida como un estándar que es aplicado de manera independiente de otros, también interactúa con otras nociones o estándares jurídicos. Si bien el OSD no ha hecho mención expresa al estándar de proporcionalidad en los últimos cinco años, el estándar ha sido considerado en las reglas convencionales recientes, en materia de comercio internacional con el Estado (A). En cambio, la relación de la proporcionalidad con otros principios y estándares jurídicos, la encontramos

⁷⁴⁸ Tribunal *ad-hoc*, constituido en Estocolmo, Suecia. Laudo del 16 de enero de 2019, en el asunto: *CEF Energia B.V. v. The Italian Republic*. No. SCC Arbitration V (2015/158)

⁷⁴⁹ Párrafo 237.

⁷⁵⁰ Párrafo 240. El razonamiento sigue en el mismo sentido en los párrafos 241 a 243.

⁷⁵¹ CIADI. Laudo del 10 de noviembre de 2017. Decision on Jurisdiction and Liability, en el asunto: *Tethyan Copper Company Pty Limited v Islamic Republic Of Pakistan*. No. ARB/12/1.

⁷⁵² Párrafo 811.

⁷⁵³ Ver capítulo 1, *supra*.

tanto en el derecho convencional como en el arbitraje internacional, en materia de inversiones con el Estado (B).

A. Los elementos del test europeo en las disposiciones sobre comercio internacional

La referencia a la proporcionalidad positiva y relación con otros principios y estándares los encontramos en el reconocimiento de los elementos del principio de proporcionalidad, de origen europeo, en los recientes tratados y acuerdos firmados por la Unión Europea con otros países o grupo de países.

Por ejemplo, en los TBI suscritos por UE con Georgia, Moldovia y Ucrania en 2014, en relación con las medidas de salvaguardia comercial, se ordena que las medidas de salvaguardia sean proporcionales y necesarias, en estos términos: “*Safeguard measures – procedures (...)7. If (...) the safeguard measure creates an imbalance between the rights and obligations of the Parties in the sector concerned, the Party concerned may take such proportionate rebalancing measures as strictly necessary to remedy the imbalance*”⁷⁵⁴.

También, en el Tratado UE-SADC-EPA Group (2016), el artículo 56, relativo a las medidas que crean barreras técnicas al comercio (relative en el literal e), ordena que se empleen mecanismos que desarrollen “*common views and approaches on technical regulatory practices, including transparency, consultation, necessity and proportionality, the use of international standards, conformity assessment requirements, the use of impact and risk assessment, enforcement and market surveillance, where appropriate*”⁷⁵⁵.

Así las cosas, es posible encontrar el uso del principio de proporcionalidad, por fuera del contexto de la Unión Europea, en materia de comercio internacional con el Estado. En cambio, en el derecho de inversiones internacionales con el Estado, la relación de la proporcionalidad positiva con otros principios y estándares jurídicos ya ha sido objeto de reconocimiento a nivel jurisdiccional y convencional.

⁷⁵⁴ Artículo 9 del TBI entre UE y Georgia. Similar disposición encontramos en el TBI UE-Moldovia y en el TBI UE-Ucrania. .

⁷⁵⁵ Tratado de asociación económica, firmado el 10 de junio de 2016, aún sin entrada en vigencia.

B. Una noción al interior de otros estándares jurídicos de inversiones con el Estado

En el derecho internacional de inversiones, la proporcionalidad debe su contenido a la interacción con otros principios, bien sea porque se han expresado como estándares independientes que se acompañan dentro de un mismo estándar jurídico en las reglas convencionales, o bien porque los tribunales de arbitraje han decidido hacer una ponderación al interior de otros estándares, de manera que el contenido de la proporcionalidad queda subsumido en otro principio o estándar jurídico.

A nivel convencional, lo encontramos, por ejemplo, en el TBI Colombia-Francia (2014). En efecto, el artículo 5, relativo al Trato Nacional y la Nación más favorecida, exige, en el numeral 3, que las medidas que tomen los Estados, a favor del orden público, deberán ser “justificadas, necesarias y proporcionales al objetivo buscado”⁷⁵⁶. Ese mismo TBI, en el artículo 106, relativo a la expropiación e indemnización, establece que no constituyen medidas de expropiación indirecta, aquellas medidas que “sean necesarias y proporcionales a la luz de estos objetivos y se apliquen de tal de forma que respondan efectivamente a los objetivos de política pública para los que fueron diseriadas”⁷⁵⁷. Pareciera entonces que, a futuro, podríamos encontrar el desarrollo del test de proporcionalidad, similar al europeo, o al menos, algunos elementos del mismo. Del mismo modo, la noción de razonable y buena fé han sido asimiladas al contenido negativo de la proporcionalidad. A pesar de que, en este punto tratamos la proporcionalidad positiva, es interesante tener en cuenta los casos en los que, las reglas convencionales establecen como criterios de definición de la desproporción, las nociones de razonabilidad y buena fé, que están asociados con la proporcionalidad positiva.

Ahora bien, para que una medida sea considerada de expropiación indirecta, además del carácter desproporcionado, algunas disposiciones de tratados económicos internacionales, exigen que sea haga un análisis de razonabilidad para determinar si la medida fue discriminatoria, y violatoria de la buena fé. Es el caso del Capítulo de Inversiones del Tratado comercial USMCA, en el que dentro de los factores para declarar una expropiación indirecta, se pide al árbitro tener en cuenta que “(d) salvo en circunstancias excepcionales, como cuando una medida o serie de medidas son desproporcionadas a la luz de su objetivo de forma tal que

⁷⁵⁶ Tratado bilateral de inversiones firmado entre Colombia y Francia firmado el 10 de julio de 2014, aún sin entrada en vigencia. Páginas sin enumeración.

⁷⁵⁷ *Ibidem*. Páginas sin enumeración

no pueda considerarse de manera razonable que fueron adoptadas y aplicadas de buena fe,”⁷⁵⁸. Es decir que, al análisis propio de proporcionalidad de la medida, el intérprete deberá sumar un análisis de razonabilidad que lo lleve a determinar si la medida fue adoptada y aplicada de buena fé, en cuyo caso la medida no puede considerarse como de expropiación indirecta. Esta disposición ha sido contemplada en otros Tratados internacionales económicos. Por ejemplo, en el Tratado entre México y Panamá, el *Anexo 10.11 Expropiación e Indemnización*, en su literal (d) establece: “salvo en circunstancias excepcionales, como cuando una medida o serie de medidas son desproporcionadas a la luz de su objetivo de forma tal que no pueda considerarse de manera razonable que fueron adoptadas y aplicadas de buena fe”⁷⁵⁹. Igual disposición está contenida en el Capítulo de Inversiones del Tratado de libre comercio entre Honduras y Perú⁷⁶⁰.

En materia de arbitraje internacional, los TAIIE, también han relacionado el estándar de proporcionalidad con otros estándares, tales como, la buena fé, la adecuación y la razonabilidad. Por ejemplo, en la decisión *Marfin*⁷⁶¹, el tribunal asoció la proporcionalidad como uno de los estándares, que al lado de la buena fé y el debido proceso, en estos términos:

“The Tribunal considers that the economic harm consequent to the non-discriminatory application of generally applicable regulations adopted in order to protect the public welfare do not constitute a compensable taking, provided that the measure was taken in good faith, complied with due process and was proportionate to the aim sought to be achieved”⁷⁶².

Así mismo, encontramos se hace uso de la noción de proporcionalidad, como parte del análisis de idoneidad de la medida. Por ejemplo, en la decisión *CC/Devas v India*⁷⁶³, el tribunal, en medio del análisis del estándar de expropiación indirecta, reconoció que:

⁷⁵⁸ Tratado de libre comercio firmado entre Mexico, Canadá y Estados Unidos, firmado el 30 de Noviembre de 2018. *Capítulo de inversiones. Anexo 10.11. Expropiación e Indemnización*. Página 10-33.

⁷⁵⁹ Tratado de libre comercio entre México y Panamá, firmado el 3 de abril de 2014 y vigente a partir del 1 de julio del mismo año. *Capítulo Inversiones*, páginas sin numeración.

⁷⁶⁰ Tratado de libre comercio entre Honduras y Perú, firmado el 29 de mayo de 2015 y vigente a partir del 1 de Octubre de 2017. *Capítulo Inversiones. Anexo 12.10: expropiación*, página 12-31.

⁷⁶¹ CIADI, laudo del 26 de julio de 2018, en el asunto: *Marfin Investment Group Holdings S.A., Alexandros Bakatselos and others vs. Republic of Cyprus*, No. ARB/13/27, párrafos 1211 a 1236

⁷⁶² Párrafo 826.

⁷⁶³ CPA, bajo las reglas CNUDMI de 1976, del 25 de julio de 2016, en el asunto: *CC/Devas (Mauritius) LTD., Devas Employees Mauritius Private Limited., and Telcom Devas Mauritius Limited vs. The Republic of India*, No. 2013-09.

“as stated in Deutsche Bank AG v. Sri Lanka,⁷⁶⁷ “(a) number of tribunals, including Tecmed v. Mexico, Azurix v. Argentina and LG&E v. Argentina have adopted a proportionality requirement in relation to expropriatory treatment.” On the basis of the evidence submitted, the Tribunal is of the view that the measure adopted by the CCS was justified by a substantial public interest”⁷⁶⁴.

Si bien el tribunal no hace nuevamente mención a la proporcionalidad, con lo cual no se está afirmando que estamos ante un test de proporcionalidad, que se limitó al estudio de la adecuación de la medida, si se relaciona al requerimiento de proporcionalidad con el estudio de la justificación de la medida, específicamente la justificación en un interés público substancial.

Finalmente, encontramos la relación entre razonabilidad y proporcionalidad en dos decisiones arbitrales recientes. Por una parte, en el asunto *Novenergia II*⁷⁶⁵, se reconoce a la proporcionalidad dentro de la noción de razonabilidad, en estos términos:

“Based on a dictionary definition of "reasonable" as "appropriate, in accordance with reason, proportionate or not exaggerated", the Kingdom of Spain has alleged that "reasonable" must be dynamic.⁷⁵ Since it is dynamic, it "must"—according to the Kingdom of Spain—be open to radical change. According to the Claimant, this argument is unbelievable. The requirement that something be "reasonable" does not entail that it is subject to outright repeal⁷⁶⁶”.

Por otra parte, en el asunto *Belenergia v Italy*⁷⁶⁷, el tribunal abordó el estándar de proporcionalidad, acompañado del estándar de razonabilidad, respecto de los cambios en el marco legal y regulatorio de las inversiones, con el Decreto *Spalma Incentivi*, en estos términos:

“Moreover, the Tribunal rejects Belenergia’s argument that the 6-8% reduction in feed-in tariffs has not benefited SMEs. First of all, Belenergia has not adduced convincing evidence in this respect. And, in any event, other reasons for feed-in tariffs’ reduction such as underestimated production predictions, lower PV technology costs and burdens on Italian tax payers

⁷⁶⁴ Párrafo 414.

⁷⁶⁵ Instituto de la Cámara de Comercio de Estocolmo-ICCE-, 23 de diciembre de 2018, en el asunto: *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, (2015/063).

⁷⁶⁶ Párrafo 161. Además, para el tribunal, el demandado no demostró que la medida cumpliera con “*the threshold of a reasonable and proportionate exercise of the host State's regulatory powers*”. Ver párrafo 736.

⁷⁶⁷ CIADI. Laudo del 6 de agosto de 2019, en el asunto *Belenergia S.A. v. Italian Republic*. No. ARB/15/40.

and electricity consumers suffice for the Tribunal to consider the Spalma Incentivi Decree as reasonable, justifiable and proportionate”⁷⁶⁸.

Si bien es cierto que, los términos: proporcional, proporcionado, proporcionalidad; desproporcional, desproporcionado o desproporción, pueden interactuar con los estándares jurídicos sin importar si estamos ante una perspectiva positiva o negativa de la proporcionalidad, hemos hecho la anterior división con el fin de presentar los diferentes escenarios en los que la noción, tanto positiva como negativa, está presente y se comunica con otros principios y estándares jurídicos.

⁷⁶⁸ Párrafo 605. Similar razonamiento se siguió en la decisión CIADI. Laudo del 2 de diciembre de 2019, en el asunto Baywa R.E. Renewable Energy GmbH And Baywa R.E. Asset Holding GmbH v Kingdom of Spain. No. ARB/15/16, párrafo 508.

Conclusiones del capítulo

En el derecho internacional económico, la proporcionalidad es un estándar que se ha aplicado de forma expresa, desde una perspectiva negativa y positiva. Ciertamente, la proporcionalidad positiva y negativa regulan algunas materias en común y, en algunos casos, encontramos similitudes de significado, sin embargo, también presentan matices distintos, en la regulación de las relaciones comerciales y de inversiones internacionales con el Estado. Entonces, la división entre proporcionalidad positiva y negativa nos permite abordar los diferentes elementos que conforman el contenido del estándar jurídico de proporcionalidad.

Pues bien, la proporcionalidad negativa se manifiesta, tanto en el derecho del comercio internacional como en la regulación de las inversiones internacionales con el Estado. En materia de comercio internacional con el Estado, la desproporción es un concepto autónomo, presente en las disposiciones convencionales y en las decisiones jurisdiccionales, con un doble carácter: es al mismo tiempo, una noción cuantitativa y cualitativa. La desproporción es cuantitativa, en los casos en los que se estudia el desequilibrio en las cantidades de subvenciones, derechos compensatorios y contramedidas. Así mismo, cuando se analiza el peso de la infracción respecto del peso de los efectos negativos de la sanción al infractor, en materia de protección a los derechos de propiedad intelectual. Por otra parte, la desproporción es cualitativa, en los casos en los que se estudia la relación entre la medida restrictiva al comercio y el objetivo que se persigue. Por ejemplo, en los informes del OSD que analizan la vulneración del literal g), del artículo XX del GATT y del párrafo 1, artículo 2 del AOTC. Así mismo, la desproporción es un concepto relacionado con otros estándares jurídicos, como es el caso de las demoras indebidas, de acuerdo con lo contemplado en el párrafo 1 a) del Anexo C del AMSFS.

En materia de inversiones internacionales con el Estado, la proporcionalidad negativa o desproporción, hace parte de las reglas convencionales recientes en las que se establecen las condiciones para que una medida sea considerada como de expropiación indirecta. La desproporción se analiza en relación con los objetivos públicos perseguidos por el Estado, es decir que si una medida es de expropiación indirecta, pero persigue un objetivo público legítimo, no se considera desproporcionada y por tanto no da lugar a la indemnización de los perjuicios causados al inversionista. La desproporción puede ser aplicada como un concepto

autónomo, así mismo, la jurisprudencia reciente de los TAIIE nos muestra que la proporcionalidad negativa es decir la desproporción puede acompañar otras nociones y conceptos como si se tratara del análisis de un mismo estándar, asimismo encontramos la referencia explícita del Test de proporcionalidad desarrollado por el TEDH y a la ponderación o *'balancing'*, en medio del análisis del estándar de arbitrariedad. Decir que la noción de proporcionalidad explícita está presente al interior de otros estándares bien sea de forma horizontal es decir tratados como si fueran sinónimos o hicieran parte de una misma noción conjunta y de manera vertical es decir que la proporcionalidad tanto positiva como negativa puede estar inmersa de manera explícita en el estudio de alguno de los estándares con se relaciona a la proporcionalidad.

Desde una perspectiva positiva, el concepto autónomo de proporcionalidad, en el derecho de la OMC, se refiere a la equivalencia cuantitativa y cualitativa, en las mismas materias que rige la proporcionalidad negativa, como concepto autónomo. También encontramos que la proporcionalidad es reconocida, en las reglas convencionales recientes, al lado de otros estándares jurídicos, en materia de salvaguardias comerciales y obstáculos técnicos al comercio. De hecho, encontramos varios de los elementos del test europeo, tales como la necesidad, la adecuación y la razonabilidad de la medida. La aplicación de cada estándar por separado, o un solo estándar jurídico con los elementos del test de proporcionalidad, dependerá del órgano jurisdiccional, quien a futuro podrá darnos luces al respecto. Por ahora, constatamos que el reconocimiento, tan variado, en los tratados y acuerdos recientes, nos presentan el potencial de evolución del estándar de proporcionalidad.

En el derecho internacional de inversiones con el Estado la proporcionalidad positiva esta ha sido reconocida en la jurisprudencia reciente de los TAIIE, bien sea haciendo alusión a las medidas proporcionales, o bien a través de la referencia a la necesidad de ponderar o hacer un *'balancing'* en el estudio de otros estándares jurídicos. Y mismo la noción de proporcionalidad positiva explícita se relaciona con otros estándares tales como los elementos del test de proporcionalidad europeo a nivel convencional en reglas recientes, o en relación con los estándares de buena fe adecuación o idoneidad de la medida y razonabilidad en el arbitraje reciente de los TAIIE. La interacción de la proporcionalidad positiva y negativa, con otros estándares y principios jurídicos, es tan dinámica y difícil de enmarcar en un solo modelo que, la noción del estándar jurídico de proporcionalidad es parecida a una figura poliédrica.

Así la cosas, la noción del estándar de proporcionalidad en el derecho internacional económico tiene una geometría variable. Sin embargo, podemos relacionar la proporcionalidad negativa con el límite a los comportamientos indebidos o dañosos. Así mismo, la proporcionalidad positiva, con la noción de justicia distributiva, moderación y justificación de las medidas estatales, tal como se ha presentado, en términos generales, el principio de proporcionalidad en otras áreas del derecho público.

Cabe aclarar que, si bien las reglas convencionales nos muestran elementos que servirán de marco para la determinación del contenido, la proporcionalidad positiva y negativa, encuentran un significado concreto, a partir de la interpretación jurisdiccional respecto de circunstancias fácticas específicas. Además, el significado que puedan darle los órganos de solución de diferencias internacionales, no se reduce a la literalidad del término, sino que pueden tenerse en cuenta otros criterios de interpretación de la norma convencional, que amplían el contenido del estándar de proporcionalidad. Es más, en el desarrollo del razonamiento jurisdiccional, por parte del OSD y de los TAIIE, podemos encontrar la aplicación de un juicio de proporcionalidad sin decirlo abiertamente, de manera que, el contenido de la proporcionalidad también deberá buscarse en los casos en los que este estándar es aplicado de manera implícita.

Capítulo 4. La proporcionalidad como noción jurídica implícita

Tanto los jueces como los árbitros, en el derecho interno y en el derecho internacional, han aplicado principios jurídicos, sin decirlo abiertamente. Esta técnica permite la introducción progresiva de los mismos, cuando su reconocimiento explícito resulte controversial para el contexto o tradición jurídica específica. De manera que, la noción jurídica del principio implícito, hace parte del proceso interpretativo del juez o árbitro.

Es el caso, por ejemplo, del surgimiento del principio de proporcionalidad en el derecho público francés. En efecto, el juez administrativo realiza un control de legalidad de la regla jurídica. Sin embargo, en algunos casos, al momento de extraer el concepto calificador de la ley, que sirvió de fundamento para la decisión estatal objeto de estudio, se hace una ponderación entre los derechos encontrados, sin decirlo textualmente. Por ejemplo, en la decisión *Gomel*⁷⁶⁹, la proporcionalidad o ‘*mise en balance*’ fue utilizada por el juez, como medio para poner en marcha la calificación jurídica de los hechos, es decir que, hizo parte del proceso interpretativo de la ley. En este caso,

« Le but donc de l'examen porté par le juge sur la manière dont l'administration a opéré la conciliation des intérêts antinomiques en cause est ici de se prononcer sur la qualification des faits à propos de l'existence de la perspective ou ; à la limite, de l'atteinte portée à celle-ci/ si la conciliation entre perspectives monumentales (intérêt général) et droit de propriété (intérêt privé) a été conduite de manière convenable, la qualification opérée par l'administration sera légale (l'atteinte existera) et le juge n'aura pas à vérifier si cette atteinte est ou n'est pas suffisamment importante pour justifier un refus d'autorisation de construire »⁷⁷⁰.

Entonces, el estándar de proporcionalidad se trata, « *d'une obligation de conciliation, de maintien d'équilibre entre droits juridiquement protégés qui s'opposent*⁷⁷¹ ».

En la decisión *Benjamin*⁷⁷², el juez va un poco más allá de la simple calificación jurídica de los hechos o control de legalidad normal. De hecho, en medio del proceso interpretativo de

⁷⁶⁹ Consejo de Estado, sentencia del 4 de abril de 1914, en el asunto *Gomel*, N° 55125, publicado en el Rec. Lebon.

⁷⁷⁰ XYNOPOULOS Georges, « *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, en Allemagne et en Angleterre* », Tesis doctoral en derecho público, sustentada en l'Université Paris II, 1993, 1 vol. 794 p., p.74.

⁷⁷¹ Ibid.

⁷⁷² Ibid.

la norma legal aplicable, estudió la relación entre el contenido de la decisión administrativa y los hechos invocados por la administración. Es decir que, por primera vez, el juez administrativo controla la apreciación discrecional, lo que es considerado como el control máximo de la decisión administrativa⁷⁷³. A partir de la decisión *Benjamin*, el Consejo de Estado, abrió la puerta para la realización de un control de proporcionalidad, tácito, de la medida objeto de estudio⁷⁷⁴. A pesar de que, actualmente el principio de proporcionalidad es de aplicación explícita en Francia, su desarrollo se debió también a que, el concepto de la proporcionalidad permeó las técnicas judiciales de “la regla de buen sentido” y “la teoría del balance de costos-beneficios”⁷⁷⁵; “la desviación del poder”, “el control de necesidad y del exceso de poder”, “el error manifiesto en la calificación jurídica de los hechos”⁷⁷⁶, entre otros estándares jurídicos con los que el juez administrativo hacía el control de las medida estatales. « *Même lorsqu'elle n'apparaît pas expressément, l'idée est sous-jacente. En fin de compte, le juge administratif français a appliqué le principe sans le savoir, ou plus exactement, sans le dire*⁷⁷⁷ ».

Así mismo, antes del reconocimiento de la proporcionalidad de forma explícita, por parte del TJUE, el tribunal hacía juicios de ponderación sin decirlo abiertamente. Por ejemplo, en la decisión de 1983, consideró que: “*the Court must determine whether a fair balance was struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights (...) The search for this balance is inherent in the whole of the Convention*”⁷⁷⁸.

De manera que, una de las formas en las que se hace un control de proporcionalidad, sin decirlo abiertamente, es a través de la ponderación de intereses bajo estudio. En efecto, la ponderación es uno de los elementos más importantes del control de proporcionalidad

⁷⁷² Consejo de Estado francés, sentencia del 19 de mayo de 1933, N° 17413, 17520, publicado en el *Recueil Lebon*, decisión disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007636694/>.

⁷⁷³ LELLIG Wendy, « *L'office du juge administratif de la légalité* », Tesis doctoral sustentada en la Universidad de Montpellier, 2015, bajo la dirección del profesor Guylain CLAMOUR, 607 p., p. 312.

⁷⁷⁴ XYNOPOULOS Georges, *op.cit.*, p.76.

⁷⁷⁵ MULLER Markus, *Proportionnalité, le Rubik's cube du droit*. Stampfli Editions, S.A. Berne, 2016, 200 p., p. 70

⁷⁷⁶ XYNOPOULOS Georges, *op.cit.* pp. 78-91.

⁷⁷⁷ BRAIBANT, Guy « Le Principe de Proportionnalité », in *Mélanges Marcel Waline*, Tome II, LGDJ, Paris 1974, pp. 297-306, p. 298-299.

⁷⁷⁸ TEDH. Sentencia del 23 de septiembre de 1982, en el asunto *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, (application no. 7151/75; 7152/75), disponible en: <http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/10/21sporrongproteccion-de-la-propiedad.-titularidad-yalcance.-privacion-legal-de-la-propiedad.-in.pdf>, párrafo 69. Ver también: RIVERS, Julian. "Proportionality and Variable Intensity of Review.", in *Cambridge Law Journal*, vol. 65, no. 1, 2006, p. 174-207, p. 200.

existente en el derecho internacional económico, teniendo en cuenta que, “*in essence, balance can be described as a state of harmonic coexistence or balanced relationship of compounding, equal components within a system*”⁷⁷⁹. En efecto, en el derecho de la OMC, una versión provisional del Acta final del ciclo de Uruguay contenía la nota explicativa destinada a asegurar la proporcionalidad entre las reglamentaciones y el riesgo que traía su no realización. Según ROUZZI, « *cette disposition n’imposait pas le critère de la proportionnalité en stricto sensu mais l’exigence d’un rapport proportionnée non pas entre les bénéfices et les effets restrictifs découlant de la réglementation, mais entre les moyens et les buts poursuivis* »⁷⁸⁰. Del mismo modo, en el derecho de las inversiones internacionales con el Estado, la ponderación de intereses, está presente, así sea de forma implícita, en la solución de diferencias entre los inversionistas y los Estados anfitriones ⁷⁸¹. Entonces, cabe preguntarse, ¿el estándar de proporcionalidad se aplica de manera implícita en el derecho internacional económico?, si es así, ¿en cuáles circunstancias fáctico-jurídicas?

Pues bien, es posible que se hagan juicios de proporcionalidad, sin hacer referencia explícita a los términos ‘desproporcionado’ o ‘proporcionado’, tanto en la jurisprudencia del OSD como de los TAIIE. Si bien podría buscarse la noción implícita de proporcionalidad, en las reglas convencionales recientes, la interpretación de lo que quiso decir el legislador, compete a los órganos jurisdiccionales, y los análisis hipotéticos podrían inducir al error. Así mismo, la doctrina ha reconocido a la proporcionalidad como un principio que existe de forma implícita en el derecho internacional económico, de manera que, la doctrina y la práctica jurisdiccional nos permitirán encontrar los elementos del contenido del estándar de proporcionalidad, en su aplicación implícita. Además, de acuerdo con lo antes visto⁷⁸², la proporcionalidad puede manifestarse, bien sea como un concepto autónomo, en medio de la interpretación de disposiciones específicas, o bien, en relación con otros principios o estándares jurídicos, de manera que, mantendremos la división positiva/negativa, como

⁷⁷⁹ ALTANGEREL, Taivankhuu. « The Principle of Balance: Balancing Economic, Environmental and Social Factors in International Economic Law » in *Manchester Journal of International Economic Law*, vol. 1, no. 2, 2004, p. 4-19., p. 7.

⁷⁸⁰ ROUZZI, Elisa, « L’application du principe de proportionnalité en droit de l’organisation mondiale du commerce », In RUIZ FABRA Helène & GRADONI Lorenzo (éds.), in *La circulation des concepts juridiques: le droit international de l’environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de législation comparée, «Collection Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris », 2009, pp. 475-492, p. 489.

⁷⁸¹ KLEINLEIN Thomas, “Judicial Lawmaking by Judicial Restraint - The Potential of Balancing in International Economic Law”, in *German Law Journal*, vol. 12, no. 5, 2011, pp. 1141-1174, p. 1150.

⁷⁸² Cfr. capítulo 3, *supra*.

perspectivas de la noción jurídica de proporcionalidad, que pueden manifestarse, también de forma implícita.

Así las cosas, intentaremos identificar el estándar implícito de proporcionalidad, a partir de los criterios que nos otorgan tanto la doctrina como las decisiones jurisdiccionales, en las que se ha reconocido expresamente la proporcionalidad. Procederemos, entonces, en un primer momento, a desvelar los elementos propios de la proporcionalidad positiva y negativa en el derecho de la OMC (**Sección 1**). Luego, nos concentraremos en la noción implícita de proporcionalidad, en el derecho de las inversiones internacionales con el Estado (**Sección 2**).

Sección 1. La osmosis conceptual con la proporcionalidad en el derecho de la OMC

La proporcionalidad negativa, en terminos generales, hace referencia al límite de ciertos comportamientos por parte del Estado, los cuales se ven reflejados, en el derecho de la OMC, en la adopción de ciertas medidas restrictivas al comercio internacional entre Estados. Los elementos del contenido de la noción implícita de proporcionalidad, se diferencian, entre, por una parte, la perspectiva negativa de la proporcionalidad (§1) y, por otra parte, la perspectiva positiva de la noción de proporcionalidad (§2).

§ 1- La proporcionalidad negativa implícita

Además de las materias del derecho de la OMC, en las que encontramos la proporcionalidad explícita, la doctrina y las decisiones recientes del OSD nos presentan otros escenarios en los que la proporcionalidad negativa implícita actualmente existe. En efecto, los límites del concepto de la desproporción lo encontramos, por una parte en las indicaciones dadas por la doctrina (A). Por otra parte, en la práctica decisonal reciente. En este punto, tendremos en cuenta, los informes que de acuerdo con lo que nos dice la doctrina, dan cuenta de la existencia de una proporcionalidad negativa implícita. Así mismo, los informes con similitud fáctico-jurídica de aquellos en los que la desproporción se manifestó de forma explícita (B).

A. La arbitrariedad y el abuso del derecho en la doctrina

La arbitrariedad y el control de la desproporción han sido considerados nociones distintas en el derecho público interno. Mientras que con el control de la arbitrariedad se revisa la existencia de motivos en la decisión estatal tomada, con el control de proporcionalidad se analiza la relación de esos motivos con el fin público que se pretende alcanzar. Es decir que, una decisión puede ser injusta pero no arbitraria, toda vez que el control de la arbitrariedad tiene en cuenta la existencia de una motivación en la decisión estatal, sin mirar si esa motivación es apropiada, necesaria o equilibra los intereses en conflicto. Para Milagros Otero:

“la arbitrariedad significa siempre la negación del derecho en su forma. Y, la justicia no puede ser considerada como un valor, que se comporte de ‘modo neutral’ ante el derecho y ante la arbitrariedad. La justicia sólo puede ser realizada a través del derecho ya que su adecuada consecución está en relación con otros valores como la proporcionalidad⁷⁸³”.

En cambio, en el derecho internacional público, « *l'arbitraire s'entend en effet également comme : soit ce qui se soustrait au système juridique (et donc à la raison dans sa première acception), soit ce qui n'est pas susceptible de motivation valable inter subjectivement (qui correspond à la raison dans sa deuxième acception)* ⁷⁸⁴ ». De hecho, en el derecho de las contramedidas internacionales, la desproporción y la arbitrariedad son asimiladas como una relación no adecuada entre medios y fines. « *Si l'adéquation fait défaut, l'acte est dépourvu de fondement au regard du but poursuivi et se révèle comme un acte disproportionné ou arbitraire, c'est-à-dire comme un acte manifestement injustifié à l'égard des faits. La proportionnalité se fonde ici dans l'interdiction de l'arbitraire* »⁷⁸⁵.

En el derecho de la OMC, la doctrina no presenta un marco conceptual claro sobre las similitudes y diferencias entre la desproporción y la arbitrariedad, como si ocurre en otras áreas del derecho público. Sin embargo, ambos principios han sido relacionados con la la noción de abuso del derecho, teniendo en cuenta la aplicación del párrafo introductorio del Art. XX del GATT. Según dicha disposición, también conocida como “*chapeau*”:

⁷⁸³ OTERO PARGA Milagros, “La arbitrariedad” in *Anuario de Filosofía del Derecho* XII, 1995, pp. 387-400, P. 393.

⁷⁸⁴ CORTEN Olivier, *L'utilisation du ‘raisonnable par le juge international’*. Discours juridique, raison et contradictions, Bruxelles, Bruylant, 1997, 718 p., p. 426.

⁷⁸⁵ KOLB Robert, « La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions – Essai de clarification conceptuelle », in SICILIANOS Linos-Alexandre, FORLATI-PICCHIO Laura, (éds), *Les sanctions économiques en droit international*, Leiden, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, pp. 379-443, p. 384.

“A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas⁷⁸⁶”.

De hecho, después de haberse verificado que la medida estatal cumple con el aparte del artículo XX del GATT invocado, el OSD hace un análisis del chapeau con el fin de verificar que, “*l’article XX ne soit pas invoqué de façon abusive*⁷⁸⁷”. Así mismo, en materia de contramedidas internacionales, las nociones de arbitrariedad y abuso del derecho, también son consideradas parte de un mismo concepto. Para KOLB, el abuso del derecho :

« *y couvre des notions telles que l’interdiction de l’arbitraire, le détournement de pouvoir, l’abus (ou l’excès) de pouvoir ou de discrétion, les actes émulatifs, les actes ultra vires, la fraude à la loi, le principe sic utere tuo ut alienum non laedas, les actes de mauvaise foi, les actes déraisonnables, certains actes discriminatoires, etc. Les termes sont souvent utilisés interchangeablement* »⁷⁸⁸.

La interdicción general, al abuso del derecho, ha sido reconocida desde los tiempos de la antigua Roma⁷⁸⁹ y existente actualmente, tanto en el derecho del *civil law*⁷⁹⁰, como en el derecho del *common law*, a través de alocuciones jurídicas tales como: “*abuse of authority*”; “*abuse of power*”; “*abuse of discretion*” o a través del “*abuse of process*”⁷⁹¹. El abuso del derecho consiste esencialmente en el ejercicio de un derecho subjetivo o de una competencia de manera gravemente atentatoria del interés de otro o del interés general, persiguiendo un fin distinto a aquel en vista del cual fue concedido el derecho. El principio de interdicción del abuso del derecho ha sido considerado por jueces, árbitros y doctrinantes del derecho internacional público como un principio general del derecho y parte de la costumbre internacional⁷⁹². Al igual que con el análisis de las medidas desproporcionadas, con la prohibición de abuso del

⁷⁸⁶ Párrafo introductorio del Artículo XX del GATT. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_02_s.htm#articleXX.

⁷⁸⁷ BARTENSTEIN Kristin, « L'article XX du GATT: le principe de proportionnalité et la concordance concrète entre le commerce et l'environnement », in Les Cahiers de droit, vol. 43, n° 4, 2002, pp. 651-684, p. 662.

⁷⁸⁸ KOLB, Robert, « la bonne fois en droit international », in *Revue belge de droit international*, vol.2. Editions Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 720-721.

⁷⁸⁹ KISS Alexandre, “*Abuse of Rights*” in BERNHARDT, Rudolf (ed.), *Encyclopedia of public international law*, vol. 1, North Holland, Amsterdam, 1992, p. 230.

⁷⁹⁰ Es el caso del Código civil español o el Código civil suizo.

⁷⁹¹ KOTUBY Charles T.; SOBOTA, Luke A., *General Principles of Law and International Due Process*, Center for International Legal Education (CILE), University of Pittsburgh School of Law, 2017, p. 110.

⁷⁹² Ver entre otros: BYERS, Michael. “Abuse of rights: An Old Principle. A New Age”. *McGill Law Journal*, 2002, vol 47, pp. 389-397.

derecho, se pretende que la autoridad pública no persiga fines ilegítimos o ilegales, además de que exista una adecuada relación entre los medios y los fines. El “*standard of proportionality insofar as it gauges the proper exercise of legal right can be viewed as a subset of abuse of rights*”⁷⁹³. A pesar de que el artículo XX del GATT hace referencia a la arbitrariedad e injustificación de la medida estatal, se ha considerado que, “*the chapeau of Article XX GATT is generally more concerned with preventing the abuse of rights in the application of a measure*”⁷⁹⁴.

Así mismo, se ha considerado que la proporcionalidad hace parte del análisis del párrafo introductorio del artículo XX del GATT. De hecho, “*proportionality in WTO law can be seen as a guiding principle and flexible tool to guide judicial inquiry into the lawfulness of domestic measures. Essentially, it is a guarantee against the abuse of rights, which in turn - and again - is founded in equity*”⁷⁹⁵. Así mismo, la arbitrariedad, el abuso del derecho y la desproporción comparten un elemento común: el indebido uso de la discrecionalidad, por parte de la autoridad que toma la medida, en este caso, que afecta el comercio internacional. “*When the invocation of discretion merely shrouds an unlawful design, there is an abuse prohibited by law*”⁷⁹⁶. También la desproporción y el abuso del derecho cumplen funciones similares, “*like the overarching principle of abuse of rights, the principle of proportionality is used to determine the proper relationship between the means and ends of state action with respect to private rights*”⁷⁹⁷.

La doctrina se ha referido en varias ocasiones a algunas decisiones del OSD que reconocen la proporcionalidad implícita, respecto del párrafo introductorio del artículo XX del GATT. Por una parte, la decisión *UE-Shrimp*⁷⁹⁸ según la cual “los términos 'injustificable', 'arbitrario' o 'necesario' definen 'una línea de equilibrio' y por lo tanto requiere pesaje y balanceo a lo largo de las líneas del principio de proporcionalidad. Además, el equilibrio se determina caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias especiales de cada caso

⁷⁹³ KOTUBY Charles T.; SOBOTA, Luke A., *loc.cit.*, p. 114.

⁷⁹⁴ ANDENAS Mad & ZLEPTNIG Stefan, « Proportionality and Balancing in the WTO: A Comparative Perspective », in *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 20, n°1, 2007, pp. 371-427, p. 416.

⁷⁹⁵ COTTIER Thomas et.al., “The Jurisprudence of the World Trade Organization”, in *SRIEL*, 2013, vol. 3, pp. 507-521, p. 504.

⁷⁹⁶ *Ibidem*, p. 118.

⁷⁹⁷ KOUTY, op.cit. p. 116.

⁷⁹⁸ Informe del órgano de apelación, *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, decisión del 12 de Octubre de 1998, WT/DS58/AB/R

concreto”⁷⁹⁹. Del mismo modo, el órgano de apelación, en el asunto *Brasil - Neumáticos recauchados*⁸⁰⁰, consideró que: “[e]l preámbulo del artículo XX en realidad no es sino una expresión del principio de buena fe”. ... “[u]na aplicación de este principio general ... prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos de un Estado y requiere que siempre que la afirmación de un derecho ‘interfiera con la esfera abarcada por una obligación dimanante de un tratado, ese derecho debe ser ejercido de buena fe, es decir, en forma razonable”⁸⁰¹.

Con base en lo antes dicho, la proporcionalidad negativa implícita se encuentra en forma de ponderación de intereses, en medio del análisis las medidas arbitrarias y abusivas, a la luz de lo contemplado en el párrafo introductorio del artículo XX del GATT. Las decisiones del OSD más recientes, dan cuenta de ello.

B. La práctica decisional reciente

Hemos seleccionado los informes, en los que la noción de proporcionalidad negativa se ha hecho presente, de forma implícita, teniendo en cuenta, por una parte, lo dicho por la doctrina (1). Por otra parte, la similitud de circunstancias fáctico-jurídicas con otros informes en los que el estándar de proporcionalidad ha sido aplicado de forma explícita.

1. Los informes que tienen en cuenta el discurso doctrinal

Con base en lo anterior, hemos identificado la noción implícita de desproporción, en las siguientes decisiones del OSD, proferidas en los últimos cinco años, asuntos: *CE – Productos derivados de las focas*⁸⁰², *India-células solares*⁸⁰³, *Colombia - Textiles*⁸⁰⁴, *Brasil-Impuestos*⁸⁰⁵

⁷⁹⁹ párrafo 159. Ver: HILF Meinhard & PUTH Sebastian, « The Principle of Proportionality on its Way into WTO/GATT Law », pp. 199-218 in de BOGDANDY Armin von, MAVROIDIS Petros C., PROFESSOR MENY Yves, *European integration and international co-ordination: Studies in Transnational Economic Law in honour of Claus-Dieter Ehlermann*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, 538 p., p. 214.

⁸⁰⁰ Informe del Órgano de Apelación, del 3 de diciembre de 2007, en el asunto *Brasil - Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*. No. WT/DS332/AB/R.

⁸⁰¹ Párrafo 224.

⁸⁰² OMC. Informe del órgano de apelación del 22 de mayo de 2014, en el asunto: *Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas*. WT/DS400/AB/R; WT/DS401/AB/R, párrafos 5.214 y 5.215.

⁸⁰³ Informe grupo especial del 24 de febrero de 2016, en el asunto: *India - Determinadas Medidas Relativas A Las Células Solares y Los Módulos Solares*. No. WT/DS456/R.

*Indonesia-Animal*⁸⁰⁶ y *Argentina-Servicios financieros*⁸⁰⁷. Por ejemplo, en la decisión *CE – Productos derivados de las focas*, el órgano de apelación advirtió que:

“[u]no de los factores más importantes en la evaluación de la discriminación arbitraria o injustificable es la cuestión de si la discriminación puede conciliarse, o está racionalmente relacionada, con el objetivo de política respecto del cual la medida se haya justificado provisionalmente al amparo de uno de los apartados del artículo XX⁸⁰⁸”.

Es decir que, a pesar de que no encontramos una mención expresa de ‘desproporción’ en el razonamiento del OSD, la proporcionalidad negativa la encontramos, de manera implícita, en la ponderación que se hace entre la distinción reglamentaria y el objetivo público perseguido. Las demás decisiones, han sido seguido lo dicho por el órgano de apelación en la decisión *CE- Productos derivados de las focas*, respecto del párrafo introductorio del artículo XX del GATT o *chapeau*⁸⁰⁹.

De manera que, se presenta en forma de ‘*mise en balance*’, ‘ponderación’ o ‘*balancing*’, dentro del análisis de conceptos tales como, la arbitrariedad y el abuso del derecho, con lo cual, se puede considerar como expresión de una proporcionalidad negativa. Lo anterior no significa que la arbitrariedad y la desproporción significan lo mismo, pero en este caso, el OSD los utiliza en un mismo razonamiento de control de la medida estatal. Para ANDENAS & ZLEPTING:

⁸⁰⁴ OMC. Informe del grupo especial del 27 de noviembre de 2015, en el asunto: *Colombia — Medidas Relativas A La Importación De Textiles, Prendas De Vestir y Calzado*. No. WT/DS461/R, párrafos 7.306 a 7.310.

⁸⁰⁵ OMC. Informe del grupo especial del 30 de agosto de 2017, en el asunto: *Brasil - Determinadas Medidas Relativas a la Tributación y Las Cargas*. Nos. WT/DS472/R; WT/DS497/R, párrafo 7.524.

⁸⁰⁶ OMC. Informe del grupo especial del 22 de diciembre de 2016, en el asunto: *Indonesia - Importación De Productos Hortícolas, Animales y Productos del Reino Animal*. No. WT/DS477/R; WT/DS478/R, párrafo 5.563.

⁸⁰⁷ OMC. Informe del grupo especial del 30 de septiembre de 2015, en el asunto: *Argentina – Medidas Relativas Al Comercio de Mercancías y Servicios*. No. WT/DS453/R, párrafos 7.660 y 7.661.

⁸⁰⁸ OMC. Informe del órgano de apelación del 22 de mayo de 2014, *loc.cit.*, párrafo 5306.

⁸⁰⁹ Lo encontramos en el Informe grupo especial del 24 de febrero de 2016, en el asunto: *India - Determinadas Medidas Relativas A Las Células Solares y Los Módulos Solares*. No. WT/DS456/R; en el Informe del grupo especial del 27 de noviembre de 2015, en el asunto: *Colombia — Medidas Relativas A La Importación De Textiles, Prendas De Vestir y Calzado*. No. WT/DS461/R. En el informe del grupo especial del 30 de agosto de 2017, en el asunto: *Brasil - Determinadas Medidas Relativas a la Tributación y Las Cargas*. Nos. WT/DS472/R; WT/DS497/R, Igualmente, en el Informe del grupo especial del 22 de diciembre de 2016, en el asunto: *Indonesia - Importación De Productos Hortícolas, Animales y Productos del Reino Animal*. No. WT/DS477/R; WT/DS478/R y párrafo .660 y 7.661 del Informe del grupo especial del 30 de septiembre de 2015, en el asunto: *Argentina – Medidas Relativas Al Comercio de Mercancías y Servicios*. No. WT/DS453/R.

“Historically and conceptually, proportionality is very much about the balancing of one or more public policy objectives against concrete individual or collective rights and interests. One could argue that this is also one of the AB’s interpretations of the chapeau. Such an approach does not question the general policy objective pursued by the Members, but it introduces a test to assess whether a concrete measure, as applied, is disproportionate or unreasonable⁸¹⁰”.

Además de lo anterior, no encontramos otras referencias sobre una proporcionalidad negativa que se exprese, de manera implícita. Sin embargo, en el proceso de identificación de la desproporción implícita, tendremos en cuenta, por analogía, los informes en los que se aplican las mismas disposiciones, que aquellos que reconocieron explícitamente a la proporcionalidad negativa.

2. Los informes en los que existe una proporcionalidad implícita, por analogía

En efecto, encontramos la noción negativa de la proporcionalidad, en forma implícita, en el informe del grupo especial, en el asunto *Indonesia- Cuché*⁸¹¹, en cuanto a la aplicación del párrafo 1, literal c), artículo 2 del ASMC. Ciertamente, el carácter negativo o positivo de la proporcionalidad incide en la intensidad con la que se lleva a cabo el control, y por tanto, se tiene certeza sobre el mismo cuando es abordado de forma explícita por el organismo jurisdiccional, entonces, difícilmente podemos afirmar con certeza que el contenido de la proporcionalidad implícita, en la aplicación de las disposiciones antes mencionadas, debe entenderse siempre desde una perspectiva negativa. Sin embargo, las decisiones antes mencionadas, fueron seleccionadas, teniendo en cuenta la similitud de materias que regulan con aquellas en las que se reconoció la proporcionalidad de manera explícita⁸¹².

Así mismo, encontramos la noción de proporcionalidad negativa, de forma implícita, respecto del Acuerdo antidumping, si bien son varias las decisiones del OSD, proferidas en los últimos cinco años, en las que se resuelven disputas sobre la vulneración de alguna de las disposiciones de dicho Acuerdo, son pocos los autores que han relacionado la proporcionalidad con las medidas anti-dumping en la OMC. A pesar de ello, encontramos una

⁸¹⁰ ANDENAS & ZLEPTING, *op.cit.*, p. 411.

⁸¹¹ Informe del grupo especial, del 6 de diciembre de 2017, en el asunto: Estados Unidos - medidas antidumping y compensatorias sobre determinado papel estucado o cuché procedente de indonesia. No. WT/DS491/R.

⁸¹² El contenido y alcance de dichos informes serán tratados más adelante. Cfr. Capítulo 5, *infra*.

relación entre la desproporción y el control de las medidas estatales excesivas, en aplicación del párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo antidumping.

Según el párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo antidumping: “La cuantía del derecho antidumping no excederá del margen de *dumping* establecido de conformidad con el artículo 2⁸¹³”. Según el artículo 2, una vez se ha establecido el derecho antidumping, es decir que se conocen los productos declarados objeto de *dumping* y causantes del daño, el derecho antidumping se debe percibir en una cuantía apropiada y sin discriminaciones sobre las importaciones de ese producto, sin importar su procedencia⁸¹⁴. Es decir que, el control del carácter excesivo de la medida, tendrá en cuenta la investigación llevada a cabo por el Estado lesionado, que llevó a determinar el margen de *dumping* sufrido. Lo anterior sirve de base para que el OSD compare el hecho ilícito con la reacción al mismo, de manera que se establezca si la medida antidumping fue excesiva o no.

De hecho, este tipo de análisis ha sido llevado a cabo en recientes informes del OSD, respecto de la práctica de reducción a cero o *zeroing*. Ese método consiste en reducir a cero los resultados intermedios negativos, obtenidos de la comparación entre el precio de exportación individual, de cada transacción realizada por un importador, y el promedio ponderado contemporáneo del valor normal correspondiente al exportador. De esta manera se obtiene un mayor margen de dumping y, en consecuencia, una percepción incorrecta de derechos antidumping⁸¹⁵. En reciente informe del OSD, en el asunto *USA-Camarón*⁸¹⁶, se analizó el método utilizado por la autoridad investigadora para determinar el margen de *dumping*, y si contrariaba lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo antidumping. Es decir que, en el análisis del carácter excesivo de la medida, el OSD se revisa la relación entre el dumping y el antidumping. Un análisis sobre la misma disposición se llevó a cabo en la decisión *China-antidumping*⁸¹⁷.

⁸¹³ Artículo 9.3 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, también conocido como Acuerdo *Antidumping*, disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/19-adp_02_s.htm#ArticleIX

⁸¹⁴ Párrafo 2, del artículo 9, *Ibid*.

⁸¹⁵ El Órgano de Apelación constató que la utilización de la reducción a cero es incompatible con el párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping y el párrafo 2 del artículo VI del GATT. Informe del órgano de apelación del 17 de diciembre de 2008, en el asunto *Estados Unidos - Reducción a cero (CE)*. No. WT/DS294/RW, párrafo 135.

⁸¹⁶ Informe del grupo especial del 17 de noviembre de 2014, en el asunto: *Estados Unidos - Medidas Antidumping sobre determinados Camarones procedentes de Vietnam*. No. WT/DS429/R.

⁸¹⁷ Informe del grupo especial del 19 de octubre de 2016, en el asunto: *Estados Unidos - Determinados Métodos y su Aplicación a Procedimientos Antidumping que Atañen a China*. No. WT/DS471/R, párrafos 7.237.

Si bien es cierto que, no muchos autores han considerado la existencia de la proporcionalidad en este tema, como sí respecto de otras materias que regula el derecho de la OMC, para MITCHELL, es justamente aquí donde podría existir un control de la desproporción, puesto que, al tener en cuenta todas las transacciones, se está revisando la relación entre el daño y sus efectos. En sus palabras:

“The use of the proportionality principle could have helped explain why inflation of the dumping margin is problematic. Anti-dumping duties are essentially a penalty that Members are allowed to impose in response to unfaire conduct-dumping. Anti-dumping duties that exceed the degree of dumping are disproportionate to dumping – that is, the penalty is disproportionate to the culpability of the Member whose products are being dumped. If zeroing were allowed, this would enable Member to ignore the extent of non-dumped transactions and, therefore, overstate the degree of dumping. In turn, Members would be able to impose anti-dumping duties beyond the level of dumping. (...) Thus, the proportionality principle could be used (...) so as to prohibit zeroing⁸¹⁸”.

Así mismo, el principio de proporcionalidad, ha sido relacionado con el control de las medidas estatales excesivas. De hecho, en el derecho de la Unión Europea, la proporcionalidad es considerada un instrumento de control de lo excesivo⁸¹⁹. De manera que, así no se haga referencia a la proporcionalidad negativa, encontramos distintos escenarios, en el derecho de la OMC, en los que la desproporción es un concepto latente, en medio del control de las medidas estatales, que restringen o resultan lesivas del comercio internacional entre Estados.

Además, de lo antes visto, la proporcionalidad *stricto sensu*, o ponderación, también se ha manifestado a partir de una perspectiva positiva, en medio del análisis de otros principios o estándares jurídicos.

⁸¹⁸ MITCHELL Alex, « Proportionality », In *Legal principles in WTO*, New York, Cambridge University Press, 2008, pp. 177-237, p. 230 y 231.

⁸¹⁹ GALETTA Diana, « Le principe de proportionnalité », in AUBY Jean-Bernard, & DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 2ème édition, « Collection Droit administratif » pp. 501-526, p. 502.

§ 2- La proporcionalidad positiva implícita

En el derecho internacional del comercio con el Estado, se podría relacionar el contenido de proporcionalidad positiva con otros estándares o principios jurídicos, tales como, el principio de precaución⁸²⁰. Sin embargo, en donde ha obtenido un lugar, tanto en la doctrina como en las decisiones del OSD, es en su relación con el control de la necesidad, de la adecuación y de la equivalencia. De hecho, la proporcionalidad implícita, cumple con una función de equilibrio o conciliación, de los intereses en conflicto entre los intereses económicos de una de las partes, y los objetivos públicos legítimos del Estado, así sea de manera implícita⁸²¹.

Sin embargo, nos enfocaremos en los principios que tanto la doctrina como las decisiones recientes del OSD, nos muestran la existencia actual de una proporcionalidad positiva implícita. En efecto, encontramos que la ponderación de intereses en conflicto se hace presente, por una parte, en el test de necesidad (A) y, por otra parte, en el estándar jurídico de equivalencia (B).

A. En el test de necesidad de la medida

La necesidad es un principio o estándar jurídico reconocido en el derecho internacional, también aplicado en contextos distintos. Por ejemplo, el principio de necesidad militar *«indique une nécessité prévue par des normes de droit international et destinée à agir, dans le cadre des mêmes normes et en dérogation à celles-ci, en respectant les limites et les conditions que lesdites normes fixent pour consentir la dérogation »*⁸²².

En las decisiones del OSD el test de necesidad fue evolucionando hacia la introducción de un estándar de proporcionalidad implícito. De hecho, *“determining whether a measure is 'necessary' to the objective pursued, the courts take into account the extent of the burden which the measure imposes on trade between Member States”*⁸²³. Así, la idea de un análisis

⁸²⁰ Maurice ARBOUR « Le principe de précaution dans le contexte du commerce international : une intégration difficile », in *Les Cahiers de Droit*, vol. 43, no 1 ; 2002, pp. 5-37, p. 24-26.

⁸²¹ ANDENAS Mad & ZLEPTNIG Stefan, op.cit., p. 427.

⁸²² VERRI, Pietro, *Dictionnaire du droit international des conflits armés*, traducido del italiano por Inès Mottier Antoine Bouvier. Comité international de la Croix-Rouge. Ginebra, 1988. P : 81.

⁸²³ WAELDE, Thomas; KOLO, Abba. “Environmental regulation, investment protection and 'regulatory taking' in international law”. *Int'l & Comp. L.Q.*, vol. 50, 2001, pp. 811-848, p. 833

de proporcionalidad *stricto sensu*, en medio del test de necesidad, sin decirlo abiertamente es cada vez más aceptada⁸²⁴. En efecto, la doctrina ha considerado la existencia de la proporcionalidad positiva implícita, a través del « *soupesage et mise en balance* »⁸²⁵, implementados por el OSD en el estudio de las excepciones generales del XX del GATT, que se traduce en « *équilibrer le droit à invoquer les exceptions et les droits des autres Membres* »⁸²⁶.

Tal como veremos a continuación, la existencia de la proporcionalidad implícita la encontramos, no sólo en el test de necesidad desarrollado en materia de excepciones generales a los Acuerdos Marco de la OMC (1), sino también, en el test de necesidad aplicado por el OSD respecto del párrafo 2, del artículo 2 del AOTC y del párrafo 2, del artículo 2 del AMSFS (2).

1. En las excepciones generales

Se puede encontrar un reflejo implícito del principio de proporcionalidad, especialmente, en los literales a, b, y d del Art. XX del GATT y en los literales a, b y c del Art. XIV del AGCS. De hecho, en el estudio sobre la licitud de las medidas de excepción, se hace el siguiente análisis⁸²⁷: (i) verificar que el fin perseguido por un miembro de la OMC con la medida, está cubierto por uno de los motivos enumerados; (ii) establecer si la medida empleada por el miembro de la OMC es efectivamente necesaria para lograr, o se relaciona con, el objetivo específico perseguido y (iii) comprobar si la aplicación de la medida guarda una relación racional con el objetivo perseguido por el párrafo introductorio del Artículo XX,

⁸²⁴ MITCHELL Andrew D. & HENCKELS Caroline, “Variations on a Comparing the Concept of Necessity in International Investment Law and WTO Law”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 14, 2013, pp. 93-164. Ver: páginas 155 y 156.

⁸²⁵ MARCEAU, Gabrielle; MARQUET Clement, La Jurisprudence de L'Omc et la recherche d'un équilibre entre développement économique et considerations Non-Commerciales: le cas de l'environnement, *Revue Quebécoise de Droit International*, vol. 30 ; 2017, p. 131.

⁸²⁶ *Ibid.* p. 142.

⁸²⁷ COTTIER Thomas & OESCH Matthias, *International Trade Regulation, Law and Policy in the WTO, the EU, and Switzerland. Cases, Materials and Comments*, Stimpfli, Suiza, 2005, pp: 1103. P: 429; COTTIER Thomas, DELIMATIS Panagiotis & DIEBOLD Nicolas, “Article XIV GATS: General Exceptions” in WOLFRUM Rüdiger, STOLL Peter-Tobias & FEINUGLE Clemens (éds), *WTO, Trade in Services*, Max Planck Commentaries on World Trade Law, libro 6, 2008, 784 p., p. 292; TRACHTMAN Joel, “International Decisions - United States: Measures Affecting the Cross-Border Supply of Betting and Gambling Services WT/DS285/AB/R” in *AJIL*, 2005, vol. 99, n° 4, pp. 861-867, p. 864.

denominado: “*chapeau*”⁸²⁸. En lo que respecta a los literales c), e) y g), en las que se exige que la medida esté “relacionada con” para que sea lícita, “*the “related to” test seems to be a more deferential reasonableness standard which also includes some elements of a proportionality inquiry*”⁸²⁹.

El control de la necesidad de la medida excepcional, no está claramente definido en el artículo XX del GATT ni el artículo XIV del AGCS. El OSD, con el paso del tiempo ha desarrollado el test de necesidad. En los primeros casos sobre el Art. XX del GATT, por ejemplo, el asunto *Cigarettes*, la necesidad simplemente se comprobaba sobre la base de la disponibilidad de una medida alternativa, menos intrusiva, que un Miembro de la OMC podría esperar que se emplee razonablemente⁸³⁰. Esto limitaba el análisis de la necesidad de la medida excepcional al aspecto de idoneidad. Sin embargo, el grupo especial y el órgano de apelación de la OMC enriquecieron el análisis de necesidad, agregando otro elemento de análisis. De hecho, desde el asunto *Korea-Beef*, el OSD hace un estudio de ‘ponderación y equilibrio’⁸³¹ que abre la puerta a la aplicación de un criterio de proporcionalidad *stricto sensu*⁸³². Según el Órgano de Apelación, en *Korea-Beef* la determinación de necesidad incluye:

“el proceso de pesar y equilibrar una serie de factores que incluyen prominentemente la contribución de la medida de cumplimiento a la ejecución de la Ley o reglamento en cuestión, la importancia de los intereses o valores comunes protegido por esa ley o reglamento, y el impacto de la ley que lo acompaña o regulación sobre importaciones o exportaciones⁸³³”.

El Órgano de Apelación sugirió además que, el peso y el equilibrio contribuyen para determinar si se puede esperar razonablemente que un Miembro de la OMC emplee una medida alternativa, o si una medida menos incompatible con la OMC está razonablemente

⁸²⁸ BOSSCHE Van de, “Looking for Proportionality in WTO Law” in *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 35, n° 3, 2008, pp. 283-294, p. 287.

⁸²⁹ ANDENAS & ZLEPTING, *op.cit.*, p. 410. También ver: DESMEDT, « Proportionality in WTO Law », in *Journal of International Economic Law*, vol. 4, n°3, 2001, pp. 441-480., ver páginas 470 a 476.

⁸³⁰ Informe del grupo especial de la OMC, decisión del 7 de Noviembre de 1990, asunto : *Thailand-Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes*, BISD 37S/200, párrafos 73 y 75.

⁸³¹ Informe del órgano de apelación de la OMC, decisión del 11 de diciembre de 2000, asunto: *Korea-Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/AB/R, párrafo 164. Esta decisión es tenida en cuenta en el Informe del órgano de apelación, del 12 de marzo de 2001, asunto: *European Communities-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, párrafo 172.

⁸³² ROUZZI Elisa, « L’application du principe de proportionnalité en droit de l’organisation mondiale du commerce », In RUIZ FABRA Hélène & GRADONI Lorenzo (éds.), *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l’environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de législation comparée, « Collection Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris », 2009, p. 483.

⁸³³ Asunto *Korea-Beef*, *Op.cit.*, párrafo 164.

disponible⁸³⁴. En *Brazil-Retreaded Tyres*, el Órgano de Apelación tiene en cuenta tres factores esenciales: la importancia relativa de los intereses, la contribución de la medida para alcanzar los objetivos regulatorios y el impacto en el comercio internacional. Todo debe ser equilibrado y pesado bajo la prueba de necesidad, teniendo en cuenta que:

“El proceso de ponderar es una operación holística que consiste en reunir todas las variables de la ecuación y a evaluarlas las unas en relación con las otras después de haberlas examinado individualmente, con el fin de llegar a un juzgamiento global”⁸³⁵.

Con base en lo anterior, encontramos que, en las decisiones recientes del OSD, en las que se analizó el párrafo introductorio del artículo XX del GATT, también encontramos la aplicación de la proporcionalidad positiva implícita, en medio del test de necesidad de la medida. Por ejemplo, en el informe *India-células solares*⁸³⁶, se hace referencia a la ponderación de los intereses encontrados, dentro de la primera parte del análisis de necesidad de la medida, a la luz del artículo XX del GATT, apartados a), b) y d) y j). en estos términos:

“Observamos que está bien establecido que un análisis de si una medida es ‘necesaria’ en el sentido de los apartados a), b) y d) del artículo XX implica en la mayoría de los casos un análisis en dos etapas. La primera etapa de un análisis de la necesidad es un proceso holístico de sopesar y confrontar una serie de factores”⁸³⁷.

Más adelante detalla los factores que deben ser objeto del sopesaje:

“Pasamos ahora a los argumentos y la información presentados por las partes sobre los factores que habría que sopesar y confrontar en la primera etapa del análisis en el marco de los apartados j) y d) del artículo XX, que son: a) la importancia del objetivo de garantizar el acceso de los promotores de energía solar indios a un abastecimiento continuo y asequible de las células solares y los módulos solares necesarios para generar energía solar; b) el grado de restricción del comercio de las prescripciones de contenido nacional; y c) la contribución de las prescripciones de contenido nacional al logro de ese objetivo”⁸³⁸.

Del mismo modo, el grupo especial consideró que “la primera etapa de un análisis de la necesidad es un proceso holístico de sopesar y confrontar una serie de factores”, en las

⁸³⁴ *Ibid.* párrafo 166.

⁸³⁵ Informe del órgano de apelación de la OMC, *Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, decisión del 3 de diciembre de 2007, WT/DS332/AB/R, párrafo 182.

⁸³⁶ Informe grupo especial del 24 de febrero de 2016, en el asunto: *India - Determinadas Medidas Relativas A Las Células Solares y Los Módulos Solares*. No. WT/DS456/R.

⁸³⁷ Párrafo 7.349.

⁸³⁸ Párrafo 7.351.

decisiones *Colombia - Textiles*⁸³⁹, *Brasil-Impuestos*⁸⁴⁰ e *Indonesia-Animal*⁸⁴¹. Así mismo, el órgano de apelación en la decisión *CE – Productos derivados de las focas*⁸⁴².

En lo que respecta al artículo XIV del AGCS, también encontramos la proporcionalidad positiva implícita, en medio del test de necesidad. En efecto, el primer caso que abordó el análisis de necesidad de la medida excepcional, fue *US-Gambling*. En esa decisión, el órgano de apelación también mencionó que una medida alternativa razonable tiene que preservar el derecho de la parte demandada de lograr el nivel de protección deseado. De esta manera se otorgaba deferencia a los Estados miembros de la OMC, sobre su derecho soberano a determinar el nivel de protección perseguido⁸⁴³. Luego, en la decisión *China-Measures Affecting Trading Rights*, el órgano de apelación, luego de ponderar y equilibrar los intereses en juego, encontró que existen medidas alternativas razonables al comercio estatal exclusivo, y por lo tanto la prueba de necesidad del Artículo XX (a) no fue alcanzada⁸⁴⁴. Recientemente, encontramos la noción de proporcionalidad positiva implícita, en el test de necesidad, en el informe y *Argentina-Servicios financieros*⁸⁴⁵, la cual trataremos con detalle más adelante⁸⁴⁶.

Además de las excepciones generales, la proporcionalidad existe como noción implícita en medio del test de necesidad que implementa el OSD en aplicación de disposiciones de otros Acuerdos Marco de la OMC.

⁸³⁹ OMC. Informe del grupo especial del 27 de noviembre de 2015, en el asunto: *Colombia — Medidas Relativas A La Importación De Textiles, Prendas De Vestir y Calzado*. No. WT/DS461/R, párrafos 7.306 a 7.310.

⁸⁴⁰ OMC. Informe del grupo especial del 30 de agosto de 2017, en el asunto: *Brasil - Determinadas Medidas Relativas a la Tributación y Las Cargas*. Nos. WT/DS472/R; WT/DS497/R, párrafo 7.524.

⁸⁴¹ OMC. Informe del grupo especial del 22 de diciembre de 2016, en el asunto: *Indonesia - Importación De Productos Hortícolas, Animales y Productos del Reino Animal*. No. WT/DS477/R; WT/DS478/R, párrafo 5.563.

⁸⁴² OMC. Informe del órgano de apelación del 22 de mayo de 2014, en el asunto: *Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas*. WT/DS400/AB/R; WT/DS401/AB/R, párrafos 5.214 y 5.215.

⁸⁴³ Informe del órgano de apelación de la OMC, *United States: Measures Affecting the Cross-Border Supply of Betting and Gambling Services*, decisión del 7 de abril de 2005, WT/DS285/AB/R, párrafo 292.

⁸⁴⁴ Informe del órgano de apelación de la OMC, *China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, decisión del 21 de diciembre de 2009, WT/DS363/AB/R, párrafos 250 a 311.

⁸⁴⁵ OMC. Informe del grupo especial del 30 de septiembre de 2015, en el asunto: *Argentina – Medidas Relativas Al Comercio de Mercancías y Servicios*. No. WT/DS453/R, párrafos 7.660 y 7.661.

⁸⁴⁶ Cfr. Capítulo 5, *infra*.

2. En los Acuerdos OTC, MSFS y ASC

Tanto el AOTC como el AMSFS se rigen por el principio, según el cual, los miembros de la OMC pueden adoptar medidas nacionales, en la búsqueda de objetivos legítimos de política pública. Sin embargo, tales medidas no deben ser más restrictivas al comercio internacional de lo necesario⁸⁴⁷. Esto de nuevo conlleva un proceso de ponderación y balanceo de diversos elementos de los intereses divergentes por garantizar, así como, que las medidas empleadas por los miembros no sean excesivamente restrictivas para el comercio internacional, a la luz de los objetivos perseguidos⁸⁴⁸.

Por una parte, el numeral 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, exige que los reglamentos técnicos no sean más restrictivos al comercio internacional de lo necesario con el fin de cumplir un objetivo legítimo⁸⁴⁹. En *Comunidades Europeas-Sardinias*, el órgano de apelación consideró que el listado contenido en el Art. 2.2. del OTC es ilustrativo, pudiendo el Estado miembro determinar otros fines públicos siempre que sean legítimos⁸⁵⁰. En *Estados Unidos-Cigarrillos*, el Grupo Especial estimó que las decisiones arbitrales sobre el test de necesidad, del Art. XX del GATT, son pertinentes para el análisis de la 'necesidad' en materia de obstáculos al comercio internacional⁸⁵¹. Este enfoque fue luego apoyado por el grupo especial

⁸⁴⁷ Para ANDENAS & ZLEPTING: “each WTO Member is free to determine its own appropriate level of sanitary or phytosanitary protection (...) However the instrument chosen to attain that level of protection will be assessed whether is appropriate and complies with the necessity requirements laid down in the SPS Agreement” páginas 184 y 185. Así mismo, frente al Acuerdo OTC consideran que: “Technical regulations must first be capable of contributing to a ‘legitimate objective’ (...) this terms indicates that the object and purpose of a measure may be questioned by the panels with regard to their legitimacy”, p. 188. ANDENAS Mads & ZLEPTING Stephan, “The Rule of Law and Proportionality in WTO Law” in HAN Wenhua, SIMONS Penelope SINGH Dalvinder, *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, Bloomsbury Publishing, 2008, 516 p.

⁸⁴⁸ DESMEDT Alex, op.cit. p. 458; MITCHELL Andrew, «Proportionality and Remedies in WTO Disputes», in *European journal of international law*, vol. 17, n°5, 2008, pp. 177-237. P: 201.

⁸⁴⁹ Según el Art. 2.2. del OTC: “Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos”. Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tbt_s.htm

⁸⁵⁰ OMC. Informe del órgano de apelación, del 26 de septiembre de 2002, en el asunto *European Communities — Trade Description of Sardines*, No. WT/DS231/AB/R, párrafo 262.

⁸⁵¹ Informe del órgano de apelación, *United States-Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, decisión del 2 de Septiembre de 2011, WT/DS 406/R, párrafos 7.353 a 7-369

y el Órgano de Apelación en *Estados Unidos-Atún II*⁸⁵². La práctica desarrollada por los grupos especiales y el Órgano de Apelación en los casos sobre el artículo 2.2 del Acuerdo OTC, sugieren que el análisis de necesidad es un “análisis relacional de la restricción del comercio basada en la evaluación de los siguientes factores⁸⁵³: (i) restricción comercial de los reglamentos técnicos; (ii) Cumplimiento del objetivo perseguido en el nivel elegido por un Miembro, que no implica ningún mínimo umbral y simplemente se refiere a un 'grado de contribución al logro de objetivo' y, finalmente, (iii) los riesgos de incumplimiento, con la debida consideración a la importancia de los intereses y valores en juego. Similar a la 'necesidad' en el artículo XX del GATT, el panel, en la mayoría de los casos, tiene que evaluar la necesidad 'de la restricción comercial de la medida original al observar (i) si una medida alternativa es menos restrictiva del comercio; (ii) si lo haría hacer una contribución equivalente al objetivo legítimo; (iii) si es razonablemente disponible y, finalmente, (iv) qué riesgos de incumplimiento de los legítimos objetivo existen⁸⁵⁴. Así mismo, lo encontramos en el informe del órgano de apelación, en el asunto *Estados Unidos-Etiquetado EPO*⁸⁵⁵. Sin embargo, en vista que el OSD rechazó expresamente el uso del principio de proporcionalidad, no hemos ahondado en el estudio de esa decisión. En la práctica reciente del OSD no encontramos decisiones recientes, que analicen de fondo el artículo 2.2. del AOTC, sin embargo, a futuro, es posible que se haga un control de proporcionalidad sobre el tema.

Ahora bien, el Acuerdo MSFS se refiere a los requisitos de "necesidad" en varias de sus disposiciones. El párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSFS exige que las instituciones sanitarias o fitosanitarias adopten medidas necesarias para proteger la vida o salud de las plantas. El artículo 5.6 del Acuerdo MSFS, de manera similar al artículo 2.2 del Acuerdo OTC, se refiere a la "necesidad" de la restricción del comercio y exige que estas medidas no sean más restrictivas del comercio que las requeridas lograr el nivel adecuado de protección sanitaria y fitosanitaria. Aquí la 'necesidad' se centra en la medida alternativa, la cual (i) está razonablemente disponible, incluida la viabilidad técnica y económica, (ii) logra el nivel

⁸⁵² Informe del órgano de apelación, *United States-Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, decisión del 13 de Junio de 2012, WT/DS381/R, párrafos 7.471; 7.457 y 7.458.

⁸⁵³ Informe del órgano de apelación *US-Clove Cigarettes*, loc.cit., párrafos 7.356 a 7.418.

⁸⁵⁴ COTTIER Thomas et al. “The Principle of Proportionality in International Law: Foundations and Variations, *Op.cit.* P: 649.

⁸⁵⁵ Informe del órgano de apelación del 18 de mayo de 2015, en el asunto *Estados Unidos - determinadas prescripciones en materia de Etiquetado indicativo del país de origen (EPO). Recurso del Canadá y de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*. Nos. WT/DS384/AB/RW; WT/DS386/AB/RW, párrafos 5.192 y ss.

adecuado de protección sanitaria y fitosanitaria⁸⁵⁶ y (iii) es significativamente menos restrictiva al comercio internacional, que la medida sanitaria y fitosanitaria impugnada⁸⁵⁷. Cabe anotar que el nivel adecuado de protección, se refiere a un objetivo perseguido, cuya determinación es una prerrogativa y una obligación del Estado miembro de la OMC ⁸⁵⁸. Encontramos la aplicación de las disposiciones antes mencionadas en los informes recientes del OSD, en los asuntos *India-Agropecuarios*⁸⁵⁹ y *Corea-Radionúclidos*⁸⁶⁰. En esta última decisión, solamente respecto de la aplicación del artículo 5.6 del AMSFS. Es importante aclarar que, en la decisión *India-Agropecuarios*, si bien se hizo un análisis del artículo 2.2. del AMSFS, el razonamiento del OSD se limitó a establecer el cumplimiento de evaluaciones científicas, respecto de las medidas sanitarias y fitosanitarias, sin que se llevara a cabo un juicio de ponderación implícito⁸⁶¹. Es decir que, si bien en los informes recientes no encontramos un razonamiento, respecto del artículo 2.2. del AMSFS en el que se haga un control de proporcionalidad implícito, eso no impide que a futuro, se aplique, de acuerdo con lo advertido por la doctrina.

Finalmente, en el campo de las medidas comerciales correctivas o, contramedidas, la legislación de la OMC permite a los Estados miembros hacer uso de ellas, en respuesta a la conducta ‘justa’ pero económicamente perjudicial, es decir, las salvaguardias comerciales, de acuerdo con lo dispuesto en los Acuerdos de la OMC⁸⁶². En efecto, el artículo 5.1 del Acuerdo sobre Salvaguardias Comerciales -ASC-, establece que:

“Un Miembro sólo aplicará medidas de salvaguardia en la medida necesaria para prevenir o reparar el daño grave y facilitar el reajuste. Si se utiliza una restricción cuantitativa, esta medida no reducirá la cuantía de las importaciones por debajo del nivel de un período

⁸⁵⁶ Anexo A.5 del Acuerdo SFS

⁸⁵⁷ Ver la nota final 3 del Acuerdo SFS. Igualmente ver el Informe del órgano de apelación en el asunto: *Australia-Measures Affecting Importation of Salmon*, decisión del 6 de noviembre de 1998, WT/DS18/AB/R, párrafo 180; Informe del órgano de apelación, *Australia-Measures Affecting the Importation of Apples from New Zealand*, decisión del 17 de diciembre de 2010, WT/DS367/AB/R, párrafo 344.

⁸⁵⁸ OMC, Informe *Australia-Salmon*, loc.cit. párrafo 99.

⁸⁵⁹ Informe del grupo especial, del 14 de octubre de 2014, en el asunto *India - Medidas Relativas a la Importación de determinados productos agropecuarios*. No. WT/DS430/R

⁸⁶⁰ Informe del grupo especial, del 22 de febrero de 2018, en el asunto: *Corea - prohibiciones de importación, y prescripciones en materia de pruebas y certificación relativas a los radionúclidos*. No. WT/DS495/R

⁸⁶¹ Ver párrafos 7.332 y ss, del informe *India-agropecuarios*, loc.cit.

⁸⁶² Ver el artículo 19 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias – SMC- y el art 2.1 del Acuerdo de Salvaguardias Comerciales –SC-. Sobre la diferencia entre las contramedidas comerciales, al respecto, la doctrina ha tenido en cuenta, también el Informe del órgano de apelación, en el asunto: *Argentina-Safeguard Measures on Imports of Footwear (EC)*, decisión del 12 de enero de 2000, WT/DS121/AB/R, párrafo 94.

reciente, que será el promedio de las importaciones realizadas en los tres últimos años representativos sobre los cuales se disponga de estadísticas, a menos que se dé una justificación clara de la necesidad de fijar un nivel diferente para prevenir o reparar el daño grave. Los Miembros deberán elegir las medidas más adecuadas para el logro de estos objetivos⁸⁶³”.

La doctrina hace referencia a la anterior disposición, como base del análisis implícito de la proporcionalidad, citando, entre otras decisiones, el informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos-Tubos al carbono*⁸⁶⁴. En esta decisión, el OSD consideró que la cuestión importante era determinar, si el estudio arbitral de una medida de salvaguardia, se limita al daño ocasionado con el aumento de las importaciones, o si el estudio puede abordar los efectos perjudiciales causados por otros factores⁸⁶⁵. Así mismo, afirmó que, las salvaguardias deben remediar el daño grave ocasionado con el aumento de las importaciones y no el derivado de otros factores, y para ello debe tener en cuenta el desarrollo arbitral en relación con el test de necesidad del Art. XX del GATT⁸⁶⁶. Si bien es cierto que, en la práctica reciente del OSD, el estudio del párrafo 1, artículo 5 del ASC fue sometido al principio de economía procesal, en los informes: *Ucrania-Vehículos*⁸⁶⁷ e *Indonesia-Hierros*⁸⁶⁸, a futuro, es posible que sea aplicado.

Así las cosas, la proporcionalidad positiva es una noción jurídica existente en el derecho de la OMC, sin que se haga mención al término ‘proporcional’ o ‘proporcionado’. De hecho, es una noción que gravita en torno al control de las medidas, que limitan el comercio internacional entre Estados, específicamente, al interior del análisis de la necesidad de la medida y, tal como veremos, también en relación con los derechos compensatorios y las medidas de retorsión.

⁸⁶³ Acuerdo sobre Salvaguardias Comerciales. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/25-safeg_s.htm.

⁸⁶⁴ Informe del órgano de apelación del 15 de febrero de 2002, en el asunto Estados Unidos - medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea. No. WT/DS202/AB/R.

⁸⁶⁵ Párrafo 241.

⁸⁶⁶ Párrafo 260.

⁸⁶⁷ Informe del grupo especial, del 26 de junio de 2015, en el asunto Ucrania - medidas de salvaguardia definitivas sobre determinados vehículos automóviles para el transporte de personas. No. WT/DS468/R

⁸⁶⁸ Informe del grupo especial, del 18 de agosto de 2017, en el asunto Indonesia - salvaguardia sobre determinados productos de hierro o acero. No. WT/DS490/R; WT/DS496/R

B. En los estándares de adecuación y equivalencia

En este caso, la ponderación o equilibrio, ha sido considerada por la doctrina y la práctica decisional, como sinónimo de los términos apropiado y equivalente. Es decir que, así no lo diga abiertamente, el OSD hace un juicio de ponderación implícito, cada vez que analiza el carácter apropiado de las contramedidas (1) y la equivalencia en las medidas de retorsión (2).

1. A la luz del ASMC

Las contramedidas son medidas de respuesta ante la infracción que uno o varios Estado(s) Miembro(s) han cometido a las disposiciones de los Acuerdos Marco de la OMC. El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias-SCM- establece dos tipos de subvenciones, las recurribles y las prohibidas. Según el artículo 3 del ASMC, las subvenciones prohibidas son de dos tipos: las subvenciones a la exportación y las subvenciones al contenido nacional⁸⁶⁹. Según el párrafo 1, del artículo 4 del ASMC: “4.1 Cuando un Miembro tenga razones para creer que otro Miembro concede o mantiene una subvención prohibida, el primero podrá pedir al segundo la celebración de consultas⁸⁷⁰”. Si no existe acuerdo a nivel de consultas, se podrá someter la cuestión al OSD, quien podría ordenar el retiro sin demoras de la subvención prohibida⁸⁷¹. En caso que, el informe del OSD no se cumpla, el Miembro reclamante, está autorizado a tomar contramedidas ‘apropiadas’. Como ya hemos visto⁸⁷², el ASMC aclara que el carácter ‘apropiado’ de las contramedidas, se refiere a la prohibición de contramedidas desproporcionadas, en las notas a pie de página 9 y 10 de los Artículos 4.10 y 4.11, respectivamente. Así mismo, respecto de las contramedidas recurribles, recordemos que, según el artículo 7.9 del ASMC, en caso de que el Miembro no haya adoptado medidas ‘apropiadas’ para eliminar los efectos desfavorables de la subvención, el OSD concederá al Miembro reclamante autorización para adoptar contramedidas, proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado⁸⁷³. Cabe agregar que, según el numeral 10 del artículo 7, se autoriza al árbitro,

⁸⁶⁹ Ver también: OMC. *Explicación del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias* (“Acuerdo SMC”). Disponible en la página web: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/scm_s/subs_s.htm

⁸⁷⁰ Párrafo 1, artículo 4 del ASMC, disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/24-scm.pdf

⁸⁷¹ Párrafos 2, 3 y 7, del artículo 4 del ASMC.

⁸⁷² Cfr. capítulo 3, *supra*.

⁸⁷³ Artículo 7.9 del ASMC.

convocado al amparo de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, para que determine si las contramedidas que ha adoptado el Miembro reclamante “son proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado⁸⁷⁴”.

Pues bien, el carácter apropiado se subsume en el concepto de adecuación. De hecho, la adecuación es definida por la RAE como aquello “apropiado para alguien o algo⁸⁷⁵”. Además que, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se hace referencia a los términos ‘adecuado’ y ‘apropiado’ de forma indiscriminada. Por ejemplo, el control de la adecuación o, carácter apropiado de una medida, es la primera etapa del test de proporcionalidad de origen europeo⁸⁷⁶. La adecuación implica que, « *le moyen utilisé doit être propre à atteindre le résultat recherché. C'est ici une question d'aptitude, de capacité, de produire l'effet voulu* »⁸⁷⁷. Así mismo, el estudio de la adecuación también hace parte del control de proporcionalidad en el ámbito de las contramedidas internacionales, que implica, “*above all, an assessment of the appropriateness of the aim itself. (...), international law curtails this otherwise unbounded discretion by requiring that the aim pursued is not manifestly inappropriate to the situation, considering the structure and content of the breached rule*”⁸⁷⁸. Tanto en el derecho europeo como, en el derecho de las contramedidas internacionales, el estudio de la adecuación o carácter apropiado de la medida, lleva al juez o árbitro a revisar si la medida es apta para alcanzar el fin perseguido⁸⁷⁹. Así mismo, en ambos casos, se relaciona con el estudio del principio de proporcionalidad.

En el derecho de la OMC, el carácter apropiado de las contramedidas, a la luz de lo dispuesto en el ASMC, fue tratado por el Órgano de Apelación en el asunto *Brazil-Aircraft*, en donde aclaró que, el estudio de proporcionalidad es innegablemente relevante en el caso

⁸⁷⁴ Artículo 7.10 del ASMC.

⁸⁷⁵ RAE. Definición de “adecuado, da”. Disponible en el sitio web: <https://dle.rae.es/adecuado?m=form>

⁸⁷⁶ El TEDH generalmente comienza el estudio revisando la legitimidad del objetivo público perseguido. Así mismo, en algunas decisiones, el TJUE sigue ese mismo razonamiento. Ver SCHWARZE Jürgen, « Le principe de proportionnalité », in AUBY Jean-Bernard (éd.) *Le droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 2ème édition, « Collection Droit Administratif » pp. 721-911, p. 800.

⁸⁷⁷ KOLB, « La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions – Essai de clarification conceptuelle », *op.cit.*, p. 383.

⁸⁷⁸ CANNIZZARO Enzo, « The role of proportionality in the law of international countermeasures » in *European journal of international law = Journal européen de droit international*, vol. 12, n° 5, 2001, pp. 889-916 p., p. 897.

⁸⁷⁹ Así lo consideró el TJUE cuando hizo el estudio de proporcionalidad de la medida concentrándose en la adecuación o idoneidad de la misma. Ver por ejemplo, la decisión de 27 de Septiembre 2017, *Peter Puškár*, aff. C-73/16, ECLI:EU:C:2017:725.; CJUE, 8 juin 2017, *Medisanus*, aff. C-296/15, ECLI:EU:C:2017:431, point 103

bajo estudio, respecto del carácter apropiado o la adecuación de las contramedidas⁸⁸⁰. De esta forma, la noción de proporcionalidad implícita, en la forma de *balancing*, es aplicado a través del estudio de la adecuación de las medidas, bajo el Acuerdo de SMC. Ciertamente, en las decisiones sobre solución de disputas de la OMC, proferidas durante los últimos cinco años, además de la decisión *Estados Unidos-Grandes Aeronaves (Segunda Reclamación)*⁸⁸¹, otras decisiones del OSD han controlado la existencia de subvenciones prohibidas, pero no han tenido que pronunciarse respecto de alguna de las disposiciones del ASMC antes expuestas. Lo anterior no es óbice para que, a futuro, la noción de proporcionalidad se siga desarrollando, a través del estándar de adecuación o carácter apropiado de las contramedidas.

Ahora bien, en los casos en los que, como resultado del procedimiento de solución de controversias, se llegó a una solución al conflicto, puesto en conocimiento del OSD, pero una de las partes no adopta las medidas ordenadas en la decisión, el Acuerdo sobre el Entendimiento en la Solución de Diferencias – ESD- permite como último recurso, previa autorización del OSD, la imposición de medidas de retorsión,⁸⁸². Allí también, según lo que advierte la doctrina y las decisiones jurisdiccionales, se hace un análisis del equilibrio cuantitativo, o proporcionalidad implícita.

2. De acuerdo con lo establecido en el artículo 22.6 del ESD

Las medidas de retorsión establecidas en el artículo 22 del ESD, son aquellas contramedidas que puede tomar el recurrente contra el demandado, para que de cumplimiento a lo ordenado por el OSD, en su informe de recomendaciones y resoluciones. Las medidas de retorsión consisten en la suspensión de concesiones y otras obligaciones⁸⁸³. De hecho, “al igual que en el caso de la compensación, la suspensión de concesiones u otras obligaciones es una medida correctiva temporal que no sustituye al cumplimiento, sino que induce a él. Por consiguiente, las contramedidas no tienen por objeto ser medidas correctivas ‘de carácter

⁸⁸⁰ OMC. Decisión del árbitro, del 28 de Agosto de 2000, en el asunto: *Brazil-Export Financing Programme for Aircraft (Article 22.6 - Brazil)*. No. WT/DS46/ARB, párrafo 3.51.

⁸⁸¹ Recordemos que esta decisión se reconoce la proporcionalidad explícita positiva. Ver decisión del árbitro, al recurso de los Estados Unidos al párrafo 6 del artículo 22 del ESD, del 13 de octubre de 2020, en el asunto: *Estados Unidos - medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*. No. WT/DS353/ARB, párrafos 6.323 y 6.324.

⁸⁸² Article 22 del ESD. Disponible en español, en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/28-dsu_s.htm#22

⁸⁸³ párrafo 2 del artículo 22 del Entendimiento de Solución de Diferencias -ESD.

punitivo' (...) . Asimismo, las contramedidas deben ser revocadas, una vez que el demandado ha cumplido plenamente las recomendaciones y resoluciones del OSD ⁸⁸⁴”. Según lo contemplado en el ESD, la suspensión de concesiones u otras obligaciones requiere la autorización previa del OSD. Sin embargo, si el demandado impugna el nivel de la suspensión propuesta, por considerar que no cumple con los requisitos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD, la diferencia se somete a arbitraje, tal como lo contempla el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, el cual deberá decidirse, previo a la autorización, por parte del OSD de las contramedidas. El árbitro deberá decidir sobre el cumplimiento de lo dispuesto en los párrafos 3 y 4 del artículo 22 del ESD.

Según el párrafo 4, del artículo 22: “el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizado por el OSD será ‘equivalente’ al nivel de la anulación o menoscabo⁸⁸⁵”. Es ahí donde el análisis de proporcionalidad implícito es aplicado. Igualmente, según el párrafo 7, del mismo artículo: “El árbitro que actúe en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 6 no examinará la naturaleza de las concesiones u otras obligaciones que se hayan de suspender, sino que determinará si el nivel de esa suspensión es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo⁸⁸⁶”.

De hecho, los términos ‘equivalente’ y ‘proporcional’ o ‘balanceado’ han sido considerados como sinónimos. Para KOLB: « *La proportionnalité qualifie ces rapports en exigeant une mesure d'équilibre interindividuel*⁸⁸⁷ ». En efecto, en el informe del árbitro en el asunto *EC-Bananas III*⁸⁸⁸, el Árbitro se refirió al requisito de ‘equivalencia’ en virtud de los artículos artículo 22.4 y 22.7 del ESD y al principio general de proporcionalidad de las contramedidas, reflejado en el Proyecto de Artículos de la CDI sobre la Responsabilidad de los Estados, para evaluar si el doble conteo de la misma anulación es posible ⁸⁸⁹. Así mismo,

⁸⁸⁴ OMC. *Manual sobre el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC*, página 167, disponible en: https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/dispuhandbook17_ch05_s.pdf

⁸⁸⁵ Párrafo 4, del artículo 22 del ESD.

⁸⁸⁶ Párrafo 7 del artículo 22 del ESD

⁸⁸⁷ KOLB, « *La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions – Essai de clarification conceptuelle* », *op.cit.*, p. 379.

⁸⁸⁸ Informe del árbitro, del 9 de Abril de 1999, en el asunto: *European Communities c. Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, recourse to arbitration by the European Communities under article 22.6 of the DSU*. No. WT/DS27/AB/R.

⁸⁸⁹ Párrafo 6.16.

esa decisión definió la ‘equivalencia’ como equilibrio, tal como lo recuerda la reciente decisión *EU-Etiquetado EPO*⁸⁹⁰, en estos términos:

“La ‘equivalencia’, como observó el Árbitro en el asunto CE - Banano III (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE), ‘connota una correspondencia, identidad o equilibrio entre dos niveles, en este caso concreto, entre el nivel de las concesiones que han de suspenderse de una parte, y el nivel de la anulación o menoscabo, de otra’⁸⁹¹”.

De manera que, la proporcionalidad positiva, se hace presente en estos casos. De hecho, en los últimos cinco años, además de la decisión del árbitro en el asunto *EU-Etiquetado EPO*, antes mencionada, en el asunto *EU-Atún II*⁸⁹², también se tiene en cuenta el concepto de equivalencia como sinónimo de equilibrio entre el nivel de concesiones objeto de suspensión y el nivel de menoscabo o daño ocasionado por el infractor del ASMC. De acuerdo con lo antes visto, la proporcionalidad positiva es una noción existente en el derecho de la OMC, así no se haga una referencia textual del término ‘proporcional’ o ‘proporcionado’. De hecho, tanto la doctrina como la práctica decisonal reciente nos muestran que la proporcionalidad, específicamente el ‘balancing’ ‘mise en balance’ o ponderación es un concepto que se utiliza, o bien, para un mejor análisis de otros estándares o bien que se asimila a ellos.

También encontramos la proporcionalidad implícita, tanto negativa como positiva, en el derecho internacional de inversiones con el Estado.

Sección 2. La osmosis conceptual en el derecho internacional de inversiones

La aplicación de los TBI ha revelado una tensión fundamental que surge entre dos intereses en conflicto. Por una parte, existen las diversas garantías de protección que los TBI pretenden proporcionar a los inversores extranjeros. Por otra parte, están los poderes regulatorios que los Estados de acogida pueden y deben ejercer, en la búsqueda de políticas públicas legítimas.

⁸⁹⁰ Decisión del árbitro, del 7 de diciembre de 2015, en el asunto: *Estados Unidos - Determinadas Prescripciones En Materia De Etiquetado Indicativo Del País De Origen (EPO), Recurso de Los Estados Unidos al párrafo 6 del Artículo 22 Del ESD*. Nos. WT/DS384/ARB; WT/DS386/ARB

⁸⁹¹ Cuestiones preliminares, párrafo 4.3.

⁸⁹² Decisión del árbitro, del 25 de abril de 2017, en el asunto: *Estados Unidos - medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún. Recurso de los estados unidos al párrafo 6 del artículo 22 del ESD*. No. WT/DS381/ARB

En el contexto de esta tensión y la necesidad de equilibrar los diferentes derechos en conflicto, la aplicación del estándar de proporcionalidad resulta relevante. Hasta hace poco, el uso del principio de proporcionalidad, fue reconocido de forma explícita y detallada⁸⁹³. Sin embargo, los tribunales de arbitraje también hacen análisis de proporcionalidad de forma implícita, bien sea para determinar si una medida es considerada de expropiación indirecta o bien, para el estudio del tratamiento justo y equitativo a los inversionistas. Cabe anotar que, el uso de la proporcionalidad implícita deja muchas dudas sobre la forma en que los Tribunales de arbitraje hacen el control jurisdiccional en esta área del derecho internacional económico, puesto que presentan sus razonamientos jurídicos con un lenguaje que no es del todo claro o incluso crean expectativas innecesarias sobre un estudio de proporcionalidad no detallado o suficientemente justificado⁸⁹⁴.

El estándar de proporcionalidad explícito ha ganado un lugar importante en relación con la determinación de las medidas equivalentes a una expropiación, es decir una expropiación indirecta, así como en medio del análisis del estándar de TJE⁸⁹⁵. Así mismo, el estándar de proporcionalidad, implícito, ha sido aplicado al interior de ambos estándares jurídicos, con especial importancia en el estudio de los comportamientos injustos e inequitativos del Estado anfitrión.

En efecto, el estándar de trato justo y equitativo,—TJE—, pretende proporcionar al inversor un nivel de protección independiente del país anfitrión. Los elementos principales de este estándar son: el debido proceso, la transparencia, la estabilidad en el marco regulatorio, la no discriminación y la protección de las expectativas legítimas de los inversionistas⁸⁹⁶. En este contexto, el TJE a menudo conduce a situaciones en las que el principio de proporcionalidad puede ser útil para equilibrar tensiones entre los derechos de un inversionista y el interés

⁸⁹³ XIULI Han, «The application of the principle of proportionality in Tecmed v. Mexico », in *Chinese journal of international law*, vol. 6, n° 3, 2007, pp. 635-652, p. 636. Ver también: SABAH Borzu & DUGGA Kabir, « Occidental Petroleum v Ecuador (2012). Observations on proportionality, assessment of damages and contributory fault » in *ICSID Review – FILJ*, vol. 28, n°2, 2013, pp. 279-290, p. 280.

⁸⁹⁴ Cfr. capítulo 6, *infra*.

⁸⁹⁵ Cfr. capítulo 3, *supra*.

⁸⁹⁶ SCHILL Stephan, “Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law” in *ILJ Working Paper*. Global Administrative Law Series, n° 6, New York, 2006, pp. 1-39, p. 28. Ver también: REED Lucy & BRAY, Diana, « Fair and equitable treatment : fairly and equitable applied in lieu of unlawful indirect expropriation ? », in ROVINE, Artur (éd.), *Contemporary issues in international arbitration and mediation*. The Fordham papers, 2007, Leiden Nijhoff, 2008, pp. 13-27, p. 19

legítimo de un Estado⁸⁹⁷. Para equilibrar los diferentes intereses en juego, el Tribunal en *Saluka*⁸⁹⁸, advirtió que las expectativas de los inversionistas no podían tomarse literalmente, ya que esto impondría obligaciones poco realistas sobre los Estados. De hecho, para el Tribunal:

*“No investor may reasonably expect that the circumstances prevailing at the time the investment is made remain totally unchanged. In order to determine whether frustration of the foreign investor’s expectations was justified and reasonable, the host State’s legitimate right subsequently to regulate domestic matters in the public interest must be taken into consideration as well”*⁸⁹⁹.

Ahora bien, esta decisión hace mención la necesidad de ponderar los intereses en conflicto, en estos términos: *“The determination of a breach of Article 3.1 by the Czech Republic therefore requires a weighing of the Claimant’s legitimate and reasonable expectations on the one hand and the Respondent’s legitimate regulatory interests on the other”*⁹⁰⁰

Este razonamiento ha sido respaldado por varios tribunales⁹⁰¹. Sin embargo, el concepto de expectativas legítimas de los inversores como parte de TJE ha sido criticado, en parte como consecuencia del acalorado debate público sobre el espacio para políticas de los Estados anfitriones en el arbitraje de inversiones internacionales. De hecho, algunos argumentan que el concepto de las expectativas legítimas del inversor como parte del TJE es una innovación arbitral y carece de base legal suficiente en los TBI⁹⁰². Así mismo, la aplicación del análisis de proporcionalidad para establecer el alcance de las expectativas legítimas de los inversores, no está suficientemente legitimado por las normas del Tratado⁹⁰³.

Sin embargo, muchos otros autores legitiman el análisis de proporcionalidad en la aplicación del TJE. De hecho, en la práctica decisonal reciente, los TAIIIE, han aplicado el

⁸⁹⁷ STONE SWEET Alec & MATHEWS Jud, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », in *Journal of Transnational Law*, vol. 47, Faculty Scholarship Series, pp. 72-164, p. 80.

⁸⁹⁸ UNCITRAL, laudo arbitral parcial del 7 de Marzo de 2006, bajo las reglas UNCITRAL de 1976, en el asunto: *Saluka Investments BV(The Netherlands) v The Czech Republic*, párrafo 305.

⁸⁹⁹ *Ibid.*

⁹⁰⁰ *Ibidem*, párrafo 306.

⁹⁰¹ Entre otras decisiones, ver: CIADI, laudo arbitral del 16 de diciembre de 2002 en el asunto: *Marvin Feldman v Mexico*, No ARB(AF)/99/1, párrafo 111. Igualmente, UNCITRAL, laudo arbitral del 27 de diciembre de 2007 en el asunto *BG Group Plc vs The Republic of Argentina*, párrafo 298.

⁹⁰² CAMPBELL Christopher, “House of Cards: The Relevance of Legitimate Expectations under Fair and Equitable Treatment Provisions in Investment Law”, in *Journal of International Arbitration*, vol. 30, 201, p. 368.

⁹⁰³ PRABHASH Ranjan, “Using the Public Law Concept of Proportionality to Balance Investment Protection with Regulation in International Investment Law: A Critical Reappraisal”, in *Cambridge journal of international and comparative law*, vol. 3, n° 3, 2014, pp. 853-883, p. 856.

estándar de proporcionalidad, de manera implícita, tanto en el análisis del TJE como, en algunas contadas ocasiones, en el análisis de la expropiación indirecta. Al igual que, en el derecho de la OMC, existe una osmosis conceptual con otras nociones o principios jurídicos. De manera que, podemos encontrar un estándar de proporcionalidad implícito de carácter negativo (§1) y, un estándar de proporcionalidad, con carácter positivo (§2).

§ 1- La proporcionalidad negativa implícita

La proporcionalidad negativa explícita está relacionada con otros principios o estándares jurídicos. De hecho, *“the control of proportionality may thus be considered conceptually analogous to other forms of functional control, limiting the exercise of powers and competences conferred by international law to individual states for the pursuit of specified ends”*⁹⁰⁴. Con el estudio de la proporcionalidad negativa se pretende el análisis de las medidas estatales, hacia el inversionista internacional, que resultan excesivas, abusivas y arbitrarias. De manera que, en medio del análisis de estándares con los que se ha relacionado la proporcionalidad negativa, es posible encontrar la noción de proporcionalidad implícita. En efecto, tanto la doctrina como la práctica decisional reciente, nos muestran un escenario de existencia de la noción de proporcionalidad negativa implícita, en materia de inversiones internacionales con el Estado. En efecto, encontramos la ósmosis con la proporcionalidad negativa en el análisis del abuso del derecho (A). Así mismo, de manera más frecuente, respecto de las medidas arbitrarias (B).

A. En el estudio del abuso del derecho

La doctrina, en materia de inversiones internacionales con el Estado, ha relacionado la desproporción con el abuso del derecho, toda vez que ambos estándares jurídicos se aplican en el análisis de las medidas de expropiación indirecta. De hecho, *“the preservation of minimum human rights and the degree to which government measures are abusive of human right norms. In cases of direct takings there is a presumption of compensation so that no single*

⁹⁰⁴ STONE SWEET Alec, « Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier », *Law and Ethics of Human Rights*, vol. 4, n°1, 2010, pp. 47-76, p. 75. Ver también: STONE SWEET Alec & CANANEA, Giacinto della. “Proportionality, General Principles of Law, and Investor-State Arbitration: a Response to José Alvarez” in *New York University journal of international law and politics*, 2014. vol. 46, n° 3, pp. 911-954, p. 915.

person must bear a disproportionate burden of public projects”⁹⁰⁵. Así mismo, en el estudio del estándar de tratamiento justo y equitativo, “*some examples of violations include a government’s willful refusal to meet contractual obligations, abuse of government authority to evade agreements with investors, and bad faith during contract performance*”⁹⁰⁶. Incluso se plantea el uso de la ponderación o proporcionalidad *stricto sensu* para el estudio de los abusos de poder, “*residual review of strict proportionality should be retained. Cases of abuse of power would likely be filtered out by the stages of suitability (whether the measure is in fact directed at the asserted objective) and necessity (whether there are alternative measures clearly available to authorities)*”⁹⁰⁷.

En la práctica reciente de los TAIIE, existe la noción implícita de desproporción, en el estudio del abuso del derecho. Por ejemplo, en la decisión *Vincent v Polonia*⁹⁰⁸, estamos ante un análisis de abuso del derecho, respecto de la ley que creó impuestos, afectando a los inversionistas. El Tribunal decidió que debía estudiar si la ley de impuestos constituía un abuso a los derechos del inversionista y, por tanto, una expropiación indirecta⁹⁰⁹. En este caso, se está ante un escenario de estudio de la proporcionalidad cualitativa o control de la adecuación o carácter apropiado de la medida. De hecho, el tribunal decidió estudiar el supuesto abuso del derecho, por parte del Estado anfitrión, en la imposición de una sanción con base en el incumplimiento de obligaciones tributarias, que según el inversionista, es equiparable a una expropiación indirecta”⁹¹⁰. Para determinar si se estaba o no ante un abuso de la ley tributaria que derivara en una expropiación indirecta, el tribunal concentró su análisis en la legitimidad del fin público perseguido y si la decisión había sido tomada con buena fé⁹¹¹, de manera que pudiera pensarse en el juicio de proporcionalidad implícito, limitado al control de la adecuación o de la proporcionalidad cualitativa. Dicho análisis se basó en el material probatorio aportado al proceso y concluyó que: “*The Tribunal is (...) not convinced that the taxation*

⁹⁰⁵ NEWCOMBE, Andrew Paul, “*Regulatory Expropriation, Investment Protection and International Law: When Is Government Regulation Expropriatory and When Should Compensation Be Paid?*”. Tesis para la obtención del título de Master of Laws; University of Toronto, 1999, 195 p, p. 91.

⁹⁰⁶ MARTIN Anne Marie, “Proportionality: An Addition to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes’ Fair and Equitable Treatment Standard”, in *International & Comparative Law Review*, vol. 37, No.3, pp. 58-71, p. 62.

⁹⁰⁷ HENCKELS, Caroline. “Indirect expropriation and the right to regulate: revisiting proportionality analysis and the standard of review in investor-state arbitration”, in *Journal of International Economic Law*, 2012, vol. 15, n°1, pp. 223-255., p. 254.

⁹⁰⁸ CIADI. Laudo del 30 de octubre de 2012, en el asunto *Vincent J. Ryan, Schooner Capital LLC, and Atlantic Investment Partners LLC v. Republic of Poland*. No. ARB(AF)/11/3.

⁹⁰⁹ Párrafo 472.

⁹¹⁰ Párrafo 472.

⁹¹¹ Párrafo 473 a 484.

authorities were motivated by a desire to destroy the business of the Claimants in insisting that the Claimants produce convincing evidence of the provision and value of the Management Services or in not accepting the agreement produced by the Claimants”⁹¹². Si bien no encontramos otros ejemplos que sean significativos del estudio de la proporcionalidad, en tanto que relación entre los medios y los fines, y especialmente de la adecuación del fin perseguido, la noción de proporcionalidad implícita puede encontrarse en otros laudos arbitrales que, a futuro, hagan uso de la relación entre abuso del derecho y desproporción.

En cambio, si encontramos varios ejemplos de las medidas arbitrarias, en las que se hace un análisis del fin perseguido y, en otros, de su relación con la medida, es decir que, sin decirlo abiertamente se hace un análisis de la proporcionalidad cualitativa.

B. En medio del análisis de la arbitrariedad de la medida

Hemos advertido que, si bien, la arbitrariedad es una noción jurídica que, en otros ámbitos del derecho público se distingue claramente del estándar de proporcionalidad, en el derecho de la OMC, tienen una estrecha relación. Así mismo, en el derecho de las inversiones internacionales con el Estado, tanto la doctrina como, la práctica decisional reciente nos muestra una importante dinámica entre esos dos estándares jurídicos. Recordemos que, el estándar de proporcionalidad explícito ha acompañado al estándar de arbitrariedad en el estudio de la expropiación indirecta y en el análisis del trato injusto e inequitativo. Igualmente, hemos encontrado una ponderación de derechos e intereses al interior del estándar de arbitrariedad⁹¹³.

En efecto, la doctrina hace referencia a las medidas arbitrarias como aquellas contrarias al estándar de tratamiento justo y equitativo⁹¹⁴. Además, la desproporción y la arbitrariedad hacen parte de la misma prohibición, en materia de expropiación indirecta: “*general regulatory measures would not amount to indirect expropriation unless they were ‘unreasonable, i.e. arbitrary, discriminatory, disproportionate or otherwise unfair’*”⁹¹⁵. Es decir que la arbitrariedad y la desproporción son dos estándares que se consideran parte del

⁹¹² Párrafo 485

⁹¹³ Cfr. capítulo 3, *supra*.

⁹¹⁴ PICHERACK Roman, “The Expanding Scope of the Fair and Equitable Treatment Standard: Have Recent Tribunals Gone Too Far?” in *The Journal of World Investment & Trade* p. 261.

⁹¹⁵ HENCKELS, *op.cit.*, p. 235.

mismo concepto jurídico, con lo cual, asimilables. Cabe anotar que, la expresión “medidas arbitrarias, discriminatorias e injustificadas” es muy común en las fuentes del derecho internacional económico. Sin embargo, las críticas doctrinales subsisten, sobre la falta de claridad en el razonamiento seguido en los laudos arbitrales respecto del TJE⁹¹⁶. A pesar de ello, es posible encontrar un escenario de aplicación de noción implícita de proporcionalidad, en medio del análisis del estándar de arbitrariedad. Bien sea, en el estudio de la existencia de una motivación en la decisión estatal, en el estudio de la adecuación del fin perseguido o bien en la relación entre la medida y el fin perseguido. La jurisprudencia reciente nos presenta algunos ejemplos.

En primer lugar, en la decisión *Antoine Abou Lahoud y otro v Congo*⁹¹⁷. En este caso, el tribunal decidió tener en cuenta los principios del derecho internacional en el análisis de la vulneración al TJE. Además consideró los siguientes lineamientos para hacer su análisis:

« De nombreux tribunaux se sont efforcés de définir l'exigence de traitement juste et équitable. Comme le notent les Demandeurs, dans l'affaire Waste Management II où le tribunal appliquait les dispositions de l'article 1105 de l'ALENA, ce dernier a estimé que l'obligation de traitement juste et équitable serait enfreinte par une conduite attribuable à l'Etat et préjudiciable au demandeur si : [...] cette conduite est arbitraire, manifestement injuste ou idiosyncrasique, [...] ou implique une absence de contradictoire entraînant un résultat qui offense la moralité de la procédure – tel que cela pourrait être le cas avec un manquement flagrant de justice naturelle dans des procédures judiciaires »⁹¹⁸.

Luego de analizar los hechos probados en el procedimiento, para el Tribunal :

« (...) des négligences et irrégularités significatives ont culminé dans l'expulsion d'IMPOREX, brusque et sans mise en demeure, sans qu'interviennent les autorités congolaises concernées, ce qui constitue une entrave à la fois en droit et en fait au traitement auquel les Demandeurs pouvaient légitimement s'attendre. En effet, le Tribunal constate une succession de décisions irrégulières, contradictoires, voire arbitraires, rendues ou entérinées par des entités habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique, telles que l'OBMA, et divers organes de l'Etat. Cette accumulation constitue une entrave sérieuse au droit des Demandeurs à un traitement juste et équitable »⁹¹⁹.

⁹¹⁶ ORTINO, Federico. “The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard: How Far Have We Come?” in *Journal of International Economic Law*, 2018, vol. 1, n° 21. pp. 19-20, p. 17.

⁹¹⁷ CIADI, laudo del 7 de febrero de 2014, en el asunto *Antoine Abou Lahoud et Leila Bounaféh-Abou Lahoud v La République Démocratique du Congo*. No. ARB/10/4

⁹¹⁸ Párrafo 439.

⁹¹⁹ Párrafo 445.

Para el tribunal el comportamiento de la entidad OBMA del Estado congolés, « *a déjoué les attentes légitimes que pouvaient avoir les époux Lahoud et facilité le déguerpissement auquel il prétendait s'opposer* »⁹²⁰.

Podemos considerar que el tribunal, en el caso *Antoine Abou Lahoud y otro v Congo*, ha hecho un control de proporcionalidad implícito de carácter negativo. Recordemos que, en la decisión *CC/Devas v India*⁹²¹, si bien se hace referencia a una proporcionalidad positiva, se considera que el requisito de proporcionalidad quedaba cumplido si la medida estatal “*was justified by a substantial public interest*”⁹²². Entonces, desde una perspectiva negativa, si la medida no estaba justificada en un objetivo público substancial, puede considerarse desproporcionada. Pues bien, en el caso que nos ocupa, no se está haciendo referencia a la ‘desproporción’ de la medida, tampoco se hizo un juicio de ponderación entre diferentes intereses encontrados, o bien un análisis de la relación entre la medida y el fin perseguido, pero como ya ha sido anotado, la noción de la proporcionalidad está presente, en los casos en los que, siguiendo el razonamiento de *CC/Devas v India*, estamos ante una medida que no tiene justificación en un objetivo público, con lo cual, estamos ante una medida desproporcionada, así no se haya hecho mención directa a este último término.

En segundo lugar, en la decisión *British Caribbean v Belize*⁹²³. Aquí, el tribunal consideró que la medida era arbitraria, toda vez que la motivación contenida en la medida estatal no correspondía con un propósito público apropiado. En efecto, para el tribunal:

“First, fair and equitable treatment is frequently noted to include a prohibition on conduct that is “arbitrary,” “idiosyncratic,” or “discriminatory”.³²¹ There is an inherent logic to this association. Conduct that is motivated by an improper purpose, by a purpose with no relation to the means adopted, or by no purpose whatsoever is difficult to characterize as either fair or equitable, whatever the actual effects may be. In the Tribunal’s view, this is linked in the Treaty to the requirement that any taking be made for a public purpose. While governmental conduct can be unfair or inequitable and still be in service of a bona fide public purpose, it is difficult to imagine the converse, a situation in which the taking of an investment was not

⁹²⁰ Párrafo 463.

⁹²¹ CPA, bajo las reglas CNUDMI de 1976, del 25 de julio de 2016, en el asunto: *CC/Devas (Mauritius) LTD., Devas Employees Mauritius Private Limited., and Telcom Devas Mauritius Limited vs. The Republic of India*, No. 2013-09.

⁹²² Párrafo 414.

⁹²³ CPA. Laudo del 19 de diciembre de 2014, bajo las reglas CNUDMI de 1976, en el asunto: *British Caribbean Bank Limited v. The Government of Belize*. No. 2010-18.

*motivated by a public purpose and yet complied with the requirement of fair and equitable treatment*⁹²⁴.

La medida es considerada arbitraria, toda vez que no cumplió con el requisito de que toda extracción debe realizarse con fines públicos, lo que conllevó a una vulneración del TJE.

En tercer lugar, en la decisión *Mesa Power v Canada*⁹²⁵. Aquí se hizo un análisis de la arbitrariedad e injusticia grave con la medida estatal, con base en los siguientes argumentos:

*“On this basis, the Tribunal considers that the following components can be said to form part of Article 1105: arbitrariness; “gross” unfairness; discrimination; “complete” lack of transparency and candor in an administrative process; lack of due process “leading to an outcome which offends judicial propriety”; and “manifest failure” of natural justice in judicial proceedings. Further, the Tribunal shares the view held by a majority of NAFTA tribunals that the failure to respect an investor’s legitimate expectations in and of itself does not constitute a breach of Article 1105, but is an element to take into account when assessing whether other components of the standard are breached*⁹²⁶.

Si bien es cierto que, no se hace mención a la proporcionalidad negativa o a una ponderación de intereses encontrados, se entiende que la noción de la desproporción negativa está presente, en relación con el análisis de los términos antes mencionados.

En cuarto lugar, en la decisión *Cervin v Costa Rica*⁹²⁷, para los demandantes, el Estado actuó de forma arbitraria, en todas las actuaciones contra los inversionistas. Para el tribunal:

“Como se señaló anteriormente, el Tribunal Arbitral considera que, efectivamente, la conducta arbitraria como violación del estándar de trato justo y equitativo bajo el APPRI es aquella que no se ajusta a la ley, la justicia o la razón, sino que se basa en el capricho. En este sentido, no basta con alegar que el Estado aplicó erróneamente el marco normativo nacional o que sus autoridades incurrieron en decisiones cuestionables conforme al derecho local, sino que debe establecerse que se ha producido una repudiación deliberada de los fines y objetivos de una política del Estado. Es esto lo que diferencia una conducta arbitraria de una conducta meramente ilegal. El Tribunal Arbitral también considera que la actuación del Estado debe analizarse de manera global y, por lo tanto, deberá tomar en cuenta los recursos que el Estado

⁹²⁴ Párrafo 282.

⁹²⁵ CPA. Laudo bajo las reglas CNUDMI de 1976, del 24 de marzo de 2016, en el asunto *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*. No. 2012-17.

⁹²⁶ Párrafo 502.

⁹²⁷ CIADI. Laudo del 7 de marzo de 2017, en el asunto *Cervin Investissements S.A. and Rhone Investissements S.A. v. Republic of Costa Rica*. No. ARB/13/2.

ha puesto al alcance de los inversionistas y el uso que éstos últimos han hecho de los mismos para intentar corregir cualquier aplicación criticable del marco regulatorio”⁹²⁸.

Y entró a analizar la existencia de esa arbitrariedad, o actuaciones caprichosas e irrazonables, considerando lo siguiente:

“El Tribunal Arbitral nota que la impugnación de las Demandantes sobre este punto se refiere más bien a una falta de motivación de la Resolución Tarifaria ET 2010 con respecto a los costos a que se refiere el Artículo 32 de la Ley ARESEP y en algunos casos, al alegado uso indebido de la facultad discrecional para la consideración de los mismos”⁹²⁹.

Es decir que, para el tribunal es necesario tener en cuenta la repudiación deliberada de los fines y objetivos de una política de Estado, sino también, la falta de motivación y el uso indebido para apreciar los mismos. Es decir que, en este caso, sin decirlo abiertamente, el árbitro está analizando los motivos de la decisión, la apreciación de los mismos de cara a los fines perseguidos.

En quinto lugar, en la decisión *Crystallex vs Venezuela*⁹³⁰, se hizo un estudio de la arbitrariedad de la medida, en medio del análisis del estándar de TJE. En efecto, el tribunal se concentró en los motivos de la decisión y en especial el carácter apropiado o adecuado de los mismos, en relación con la medida adoptada”⁹³¹. Para el tribunal “la decisión no se basó en estándares jurídicos, sino en razones diferentes de las que planteó el órgano a cargo de la toma de decisiones”⁹³². Con base en lo anterior, podemos inferir que, en medio del estudio de la arbitrariedad, incoherencia y falta de transparencia por parte del demandado, el tribunal determinó que los motivos que fundaron las decisiones estatales que afectaron al demandante no correspondían con el fin público perseguido, sino que eran distintos. De manera que, el tribunal analizó uno de los elementos del control de proporcionalidad, de origen europeo, sin decirlo abiertamente, es decir, el estudio del fin perseguido, específicamente la adecuación o carácter apropiado del mismo, en relación con la medida tomada.

⁹²⁸ Párrafo 527.

⁹²⁹ Párrafo 553.

⁹³⁰ CIADI, laudo del 19 de Diciembre de 2016, en el asunto *Crystallex International Corporation vs República Bolivariana de Venezuela*. No. ARB(AF)/11/2.

⁹³¹ Párrafos 578 a 579.

⁹³² Párrafo 614.

Para el tribunal:

“No hay duda alguna de que una conducta arbitraria es contraria al TJE, ya sea que el tratado contenga o no una disposición separada en materia de prohibición del “trato arbitrario”⁹³³. “Según la visión del Tribunal, una medida es arbitraria, a modo de ejemplo, si no se basa en estándares jurídicos, sino en un exceso de discrecionalidad, prejuicio o preferencia personal, y se adopta por razones diferentes de las planteadas por el órgano a cargo de la toma de decisiones”⁹³⁴.

En sexto lugar, en la decisión *OI European Group v Venezuela*⁹³⁵, estamos ante la ocupación de bienes expropiados por parte del Estado anfitrión, antes de que el inversionista llevara a cabo el respectivo desalojo. Para el demandante, la serie de comportamientos de los entes estatales hacia el inversionista, pueden ser calificados de arbitrarios⁹³⁶, atroces⁹³⁷ y desproporcionados⁹³⁸. Si bien el tribunal no hizo alusión expresa al comportamiento ‘desproporcionado’ del Estado, encontramos la idea de un comportamiento desproporcionado, en las consideraciones del Tribunal. En efecto, frente a lo que debe entenderse por el estándar de TJE, advierte que: “El TJE representa un concepto jurídico indeterminado, que impone a todos los Estados un estándar mínimo de conducta frente a los extranjeros. Un Estado lo viola cuando adopta un acto (o una cadena de actos) manifiestamente antijurídicos o que desconocen las exigencias básicas del *rule of law*”⁹³⁹.

Así mismo, frente a la acusación de estar ante una medida arbitraria, el tribunal consideró que:

“No es fácil definir qué es arbitrario. La idea fundamental de la arbitrariedad consiste en que la legalidad, el debido proceso, el derecho al recurso judicial, la objetividad y la transparencia son sustituidos en la gestión de la cosa pública por privilegio, preferencia, parcialidad, preclusión y ocultamiento. El Profesor Schreuer ha definido (y el Tribunal en *EDF* ha aceptado) como arbitraria: “*a measure that inflicts damage on the investor without serving any apparent legitimate purpose; a measure that is not based on legal standards but on discretion, prejudice or personal preference; a measure taken for reasons that are different from those put forward by the decision maker; a measure taken in willful disregard of due process and proper procedure*”⁹⁴⁰.

⁹³³ Párrafo 577.

⁹³⁴ Párrafo 578.

⁹³⁵ CIADI. Laudo del 10 de marzo de 2015, en el asunto *OI European Group B.V. v República Bolivariana De Venezuela*. No. ARB/11/25.

⁹³⁶ Párrafo 497.

⁹³⁷ Párrafo 911

⁹³⁸ *Ibid.*

⁹³⁹ Párrafo 491.

⁹⁴⁰ Párrafo 494.

Del mismo modo, luego de analizar lo probado en el procedimiento, consideró que la actuación de uno de los entes públicos “supuso una arbitrariedad y una desviación de poder, contrarias al estándar de TJE exigido por el art. 3(1) del APRI”⁹⁴¹. Tal como hemos dicho respecto de otras decisiones, cada vez que se analiza la desviación en las motivaciones, se está analizando, sin decirlo abiertamente, la relación entre los motivos de la medida estatal y los fines que deben perseguir y, entonces, una proporcionalidad cualitativa. Similar razonamiento se siguió en la decisión *Fouad v Jordania*⁹⁴².

En séptimo lugar, en la decisión *Eli v Canadá*⁹⁴³, se analizó la arbitrariedad del comportamiento estatal. Para el Tribunal, hay una conexión entre la medida que prometió ganancias a los inversionistas y que, ahora estos consideran vulnerada, y el objetivo público legítimo perseguido, en estos términos:

“Furthermore, the Tribunal finds that Respondent has asserted a legitimate public policy justification for the promise doctrine. In particular, Respondent has explained that enforcing promises contained in the disclosure helps ensure that “the public receives its end of the patent bargain” (particularly but not solely in connection with “new use” and “selection” patents) and that it “encourages accuracy while discouraging overstatement in patent disclosures”.584 The Tribunal need not opine on whether the promise doctrine is the only, or the best, means of achieving these objectives. The relevant point is that, in the Tribunal’s view, the promise doctrine is rationally connected to these legitimate policy goals⁹⁴⁴”.

De manera que, en este caso el tribunal consideró que la medida estaba justificada en un objetivo público legítimo, basándose también en lo probado en el expediente. Para el tribunal no se probó que fuera arbitraria la forma de actuar del Estado anfitrión⁹⁴⁵.

Con base en los anteriores ejemplos, la proporcionalidad ha tenido una mayor presencia, de manera implícita, en el estudio de la arbitrariedad que, en el estudio del abuso del derecho, en la reciente jurisprudencia de los TAIIE, sin embargo, en ambos casos se ha hecho presente. Así mismo, la proporcionalidad ha sido analizada desde el sentido cualitativo, bien sea porque, se analiza el fin público perseguido, es decir si es adecuado; así mismo si la decisión fue

⁹⁴¹ Párrafo 914.

⁹⁴² CIADI. Laudo del 14 de diciembre de 2017, en el asunto *Fouad Alghanim & Sons Co. For General Trading & Contracting, W.L.L. And Mr Fouad Mohammed Thunyan Alghanim Hashemite v Kingdom Of Jordan*. No. ARB/13/38), párrafos 309 a 423.

⁹⁴³ CIADI. Laudo arbitral en el marco del capítulo 11 del NAFTA, bajo las reglas CNUDMI de 1976, del 16 de marzo de 2017, en el asunto: *Eli Lilly and company v Gouvernement of Canadá*, No. UNCT/14/2.

⁹⁴⁴ Párrafo 423.

⁹⁴⁵ Párrafo 428.

motivada, también se estudian los motivos, es decir si corresponden con los objetivos públicos perseguidos. De manera que, la relación entre la proporcionalidad negativa y la arbitrariedad existe y ambos contienen la idea de revisar el límite de los comportamientos estatales indebidos, a partir, del análisis de la relación entre los medios y los fines.

Así mismo, encontramos, la noción de proporcionalidad, inmersa en los análisis de adecuación y razonabilidad de las medidas, tal como veremos, a continuación.

§ 2- La proporcionalidad positiva implícita

La doctrina ha relacionado la noción de proporcionalidad positiva con otros conceptos jurídicos, tales como, la reciprocidad⁹⁴⁶, la reciprocidad-equilibrio⁹⁴⁷ y la idea de razonabilidad⁹⁴⁸. Así mismo, en materia de inversiones internacionales con el Estado, « *de manière générale, la proportionnalité implique l'idée de modération, de bon sens*⁹⁴⁹ ».

En efecto, tanto la doctrina como, la jurisprudencia reciente de los TAIIE, nos muestran que la noción de proporcionalidad existe, de forma implícita, en medio del análisis del fin público perseguido con la medida (A). Igualmente, en el estudio de la razonabilidad de la medida (B).

A. En el control de la adecuación del comportamiento estatal

En el derecho internacional, el estudio del principio de proporcionalidad no solo hace referencia al análisis de la relación entre los medios y los fines, sino que también tiene en cuenta el carácter adecuado o apropiado del fin perseguido. En palabras de CANNIZZARO: “*Proportionality requires not only employing the means appropriate to the aim chosen, but implies, above all, an assessment of the appropriateness of the aim itself*⁹⁵⁰”. Además del carácter apropiado del fin que se persigue, la adecuación puede ser analizada respecto del comportamiento del Estado. De hecho, en el análisis del trato justo y equitativo, los TAIIE

⁹⁴⁶ DECAUX Emmanuel, *La réciprocité en droit international*. Paris, L.G.D.J. 1980, p. 255.

⁹⁴⁷ KOLB R, « Réflexions de philosophie du droit international. Problèmes fondamentaux du droit international public », *op.cit.*, p 697 a 698.

⁹⁴⁸ SALMON Jean, “Le concept du raisonnable en droit international public”, in *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981 pp. 447-448.

⁹⁴⁹ ROBERT-CUENDET Sabrina, *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement. Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010. 545 p. P: 338.

⁹⁵⁰ CANNIZZARO, *op.cit.*, p. 897.

entran a apreciar el comportamiento general del Estado, respecto de los derechos de los inversionistas, que a diferencia de la expropiación indirecta, no se limita al análisis de una decisión estatal en específico, sino que, el análisis es global, incluyendo los procedimientos previos a la toma de decisiones estatales, el trato verbal e incluso físico recibido por los funcionarios públicos, entre otros. De manera que, el control de la adecuación no sólo se hace respecto a la relación de la medida con el fin público perseguido, sino también el carácter adecuado y, en últimas, proporcionado, del comportamiento estatal hacia los derechos del inversionista internacional⁹⁵¹.

De acuerdo con lo visto respecto del estándar de arbitrariedad, en las decisiones recientes de los TAIIE encontramos similitud de análisis entre la proporcionalidad implícita en el juicio de arbitrariedad y, en el control de la adecuación de la medida, que sugiere la doctrina, toda vez que, en algunos casos, el análisis de arbitrariedad incluye un análisis del fin que persigue la medida. Sin embargo, en esta ocasión, no estamos en medio del estudio del estándar de arbitrariedad, sino que, en medio del análisis del TJE o de la expropiación indirecta, los TAIIE analizan la legitimidad, o carácter adecuado del fin público perseguido con la medida estatal. De manera que, valdría la pena tenerlo en cuenta, como parte de la perspectiva positiva de la proporcionalidad implícita.

En efecto, encontramos un control de la adecuación del fin perseguido, en la decisión *Khan v Mongolia*⁹⁵². En este caso, el demandante alegó la desproporción de la medida “*as these laws serve no discernible public purpose*”⁹⁵³, como parte de la supuesta expropiación ilegal a la que fue sometido el inversionista. El tribunal no hizo mención alguna a la desproporción de la medida. En vista que la ley aplicable al caso concreto era la del Estado anfitrión, el tribunal aclaró que el caso correspondía con *khuraakh*, que según la ley mongolés, se refiere a una situación en la que la ley autoriza al Estado a privar al propietario de su propiedad debido a las infracciones de la ley del propietario o al uso de propiedad de una manera que ponga en peligro los intereses de terceros⁹⁵⁴. En su lugar, decidió hacer un análisis del fin perseguido con la medida, específicamente de la legitimidad del mismo, en estos términos:

⁹⁵¹ PICHERACK Roman, “The Expanding Scope of the Fair and Equitable Treatment Standard: Have Recent Tribunals Gone Too Far?”, op.cit., p. 255.

⁹⁵² CPA. Laudo del 2 de marzo de 2015, bajo las reglas del CNUDMI de 2010, en el asunto: *Khan Resources Inc. y otros v The Government of Mongolia*. No. 2011-09.

⁹⁵³ Párrafo 170.

⁹⁵⁴ Párrafo 314.

“The NEL and the LPCNEL were valid exercises of Mongolia’s permanent sovereignty over its natural resources and pursued a legitimate purpose. In addition, the NEA’s decision not to re-register the Mining and Exploration Licenses was taken after a series of actions involving site inspections and discussions with the Claimants”⁹⁵⁵.

De manera que, el tribunal está haciendo una apreciación respecto del carácter legítimo del fin perseguido con la medida, acusada de generar una expropiación indirecta a los intereses del inversionista.

En la decisión *Bear Crick v Peru*⁹⁵⁶, se hizo un estudio amplio de los motivos del Decreto 032, acusado de ser equivalente a una expropiación indirecta de los derechos del inversionista.

“De las consideraciones esgrimidas supra, el Tribunal arriba a la conclusión de que se cumplen los tres “factores” previstos expresamente en el Anexo 812.1(b) del TLC para la identificación de una expropiación indirecta: (...) (iii), el carácter de la medida no justifica la confiscación, ya que el Decreto Supremo 032 se basó en motivos que fueron declarados ilegales en virtud del derecho peruano y no justifican la violación del TLC”⁹⁵⁷. “Por lo tanto, el Tribunal arriba a la conclusión de que el Decreto Supremo 032 constituyó una expropiación indirecta en el sentido del Artículo 812 y el Anexo 812.1 del TLC”⁹⁵⁸.

En este caso, se hizo un análisis del objetivo público perseguido, al considerar que no existió ninguna motivación y al tener en cuenta la decisión del tribunal constitucional peruano quien, respecto de la legalidad del Decreto, acusado de expropiación indirecta, incluyó la noción de proporcionalidad de forma implícita. Es decir que, se hizo un análisis de los motivos, como parte de un control mínimo de la adecuación de la medida.

Así mismo, en el caso, *Olin Holdings v Libya*⁹⁵⁹, se analizó el comportamiento del Estado respecto del inversionista, el cual para el tribunal vulneró las expectativas legítimas⁹⁶⁰. En su análisis, el tribunal da cuenta del comportamiento inadecuado del Estado, puesto que impidió a los inversionistas, trabajar con la certidumbre del destino de sus inversiones. De hecho,

⁹⁵⁵ Párrafo 246.

⁹⁵⁶ CIADI. Laudo del 30 de noviembre de 2017, en el asunto: *Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*. No. ARB/14/21

⁹⁵⁷ Párrafo 415.

⁹⁵⁸ Párrafo 416.

⁹⁵⁹ ICC, laudo del 25 de mayo de 2018, en el asunto *Olin Holdings Limited v State Of Libya*. Case No. 20355/MCP.

⁹⁶⁰ Párrafo 310 a 315.

“The Tribunal has further examined the evidence on record which unambiguously shows that diverse measures taken by the Libyan State rendered the fate of Olin’s Factory uncertain and undermined Olin’s ability to plan and to gain the confidence of its business partners, even after the Expropriation Order ceased from being effective in 2011”⁹⁶¹.

Así mismo, la existencia de una noción de proporcionalidad positiva implícita, también la encontramos en el análisis de razonabilidad de las medidas estatales.

B. En el control de la razonabilidad de la medida

La razonabilidad es una de las nociones jurídicas bastante analizada en los debates filosófico-jurídicos, durante varios siglos. La búsqueda de la racionalidad es uno de los fines más importantes de la teoría de la interpretación y aplicación del derecho, de hecho, pueden existir distintos tipos de razonabilidad que pueden ser analizados en relación con el derecho. Para efectos de nuestro estudio, nos interesa la dimensión evaluativa de la razonabilidad, es decir un estándar de evaluación de los comportamientos jurídicos. En esta acepción “la razonabilidad se define como una propiedad o un atributo que se predica de los actos conformes a la razón, y la irracionalidad, como una propiedad de los que se apartan de ella”.⁹⁶² Ahora bien, dentro de esta definición entran varias condiciones. Nos referimos específicamente a “la consistencia de la justificación, la clara exposición de las valoraciones, la corrección lógica de la argumentación, la adecuada prelación de los argumentos, la capacidad para concitar al consenso, la observancia de las reglas procesales, el pronóstico de las consecuencias de la decisión y de su efecto en el sistema jurídico”⁹⁶³. Es decir, la razonabilidad, en tanto que nexo inherente con la justificación de las decisiones.

Ahora bien, la proporcionalidad ha sido relacionada con el principio de razonabilidad de las medidas. Por ejemplo, El TEDH al interpretar el artículo 14 de la CEDH, ha considerado la exigencia de un « *rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* » podría expresarse a través de un « *‘juste équilibre’ à ménager entre les exigences de l’intérêt général de la communauté et les impératifs des droits fondamentaux de*

⁹⁶¹ Párrafo 316.

⁹⁶² BERNAL PULIDO, *op.cit.* p. 247.

⁹⁶³ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “Del método jurídico a las teorías de la argumentación jurídica”. *Anuario de filosofía del derecho*; No. 3; 1986, p. 167.

*l'individu*⁹⁶⁴ ». Así mismo, la relación entre la razonabilidad y el equilibrio, ha sido reconocida por la doctrina de derecho internacional público. « *De manière générale, l'exercice d'un droit ou l'exécution d'une obligation pourra être considéré comme déraisonnable si un déséquilibre entre certains sujets de droit international en résulte* »⁹⁶⁵.

En el derecho internacional de inversiones, encontramos varios autores que consideran la razonabilidad como un estándar importante en el control de las medidas estatales. « *In the context of investment treaty arbitration, reasonableness can be conceived as a tool for delimiting and defining the role of the three relevant actors: the host state and the investor in one hand, and the adjudicators in the other* »⁹⁶⁶.

También se considera la proporcionalidad y la razonabilidad como estándares de control arbitral que comparten elementos en la práctica « *both test require a reasoned analysis from the decision-maker and the adjudicators. Both test essentially entail « a value judgement about an act of sovereignty, which in turns begs the question* »⁹⁶⁷. De hecho, los tribunales de arbitraje también han vinculado, con anterioridad, la proporcionalidad con el concepto de razonabilidad, en los casos de *Pope & Talbot*⁹⁶⁸ y *Eureko*⁹⁶⁹, en medio de la interpretación del TJE. Igualmente, recordemos que, en decisión reciente, el tribunal consideró que, el estándar de TJE “*is rather qualified by objective requirements, such as reasonableness, existence of specific representations made by the State, causality for the investment decision, balance of interests and the investor's conduct*”⁹⁷⁰.

De manera que, en vista de la estrecha relación entre la razonabilidad y la proporcionalidad, es posible encontrar la noción de proporcionalidad, implícita en el estudio de la razonabilidad de la medida. En efecto, encontramos algunos ejemplos, en la práctica

⁹⁶⁴ Ver, entre otras, las decisiones del TEDH en las que se admite la aplicación del “*rapport raisonnable de proportionnalité*”, entre otras: asunto *Iatagow et autres*, Serie A, n° 102, del 8 de julio de 1986, párrafo 120, asunto *Hentrich*, Serie, A, n° 296-A, del 22 de septiembre de 1994, párrafo 49 ; asunto *Les Saints Monastères*, serie A, n° 301-A, del 9 de diciembre de 1994, párrafo 70 ; asunto *Piermont*, serie A, n° 314, del 27 de abril de 1995, párrafo 77.

⁹⁶⁵ CORTEN, Olivier. « L' utilisation du raisonnable dans le droit international public », op.cit. página 440

⁹⁶⁶ VADI, Valentina, op.cit., p. 211.

⁹⁶⁷ *Ibid.*, p. 225.

⁹⁶⁸ NAFTA, laudo arbitral interino, *Pope & Talbot Inc vs Government of Canada*, decision del 26 de Junio de 2000, párrafo 68.

⁹⁶⁹ Arbitraje *Ad Hoc*, laudo arbitral parcial, decision del 19 de Agosto de 2005, en el asunto: *Eureko BV v Republic of Poland*, párrafo 233.

⁹⁷⁰ CIADI. Laudo del 10 de noviembre de 2017. Decision on Jurisdiction and Liability, en el asunto: *Tethyan Copper Company Pty Limited v Islamic Republic Of Pakistan*. No. ARB/12/1, párrafo 811.

reciente de los TAIIE. Por una parte, en el caso de la decisión *Windstream v Canadá*⁹⁷¹, en donde el tribunal, se concentró en la relación de razonabilidad entre el fin perseguido y la medida acusada de vulnerar los derechos del inversionista, específicamente el tiempo razonable que debió otorgársele al inversionista como medida necesaria para evitar perjudicar sus intereses.

“The Tribunal concludes that the failure of the Government of Ontario to take the necessary measures, including when necessary by way of directing the OPA, within a reasonable period of time after the imposition of the moratorium to bring clarity to the regulatory uncertainty surrounding the status and the development of the Project created by the moratorium, constitutes a breach of Article 1105(1) of NAFTA. It was indeed the Government of Ontario that imposed the moratorium, not the OPA, so it cannot be said that the resulting regulatory and contractual limbo was a result of the Claimant’s own failure to negotiate a reasonable settlement with the OPA. The regulatory and contractual limbo in which the Claimant found itself in the years following the imposition of the moratorium was a result of acts and omissions of the Government of Ontario, and as such is attributable to the Respondent. The Tribunal therefore need not consider whether the conduct of the OPA during the relevant period must also be considered attributable to the Respondent”⁹⁷².

Con base en lo anterior, es posible concluir que, no se tomaron las medidas razonables que se requerían en este caso, de cara a los derechos del inversionista.

Por otra parte, en la decisión *Vestey v Venezuela*⁹⁷³, analizó la existencia de un objetivo público legítimo en la motivación de la decisión estatal, y consideró la necesidad de analizar la razonabilidad de la medida, en estos términos:

“The Tribunal must also assess whether the impugned expropriatory measure was “for” the public purpose as Article 5(1) of the BIT requires. In doing so, it must consider all the relevant circumstances, including the government’s post-expropriation conduct.²⁶⁷ While the objective is not to review the effectiveness of the measures, the government’s failure to advance a declared purpose may serve as evidence that the measure was not taken in furtherance of such purpose. Thus, the idea is to determine whether the measure had a reasonable nexus with the declared public purpose or in other words, was at least capable of furthering that purpose”⁹⁷⁴.

⁹⁷¹ CPA. Laudo proferido bajo las reglas CNUDMI de 2010, del 27 de septiembre de 2016, en el asunto *Windstream Energy Llc v Government Of Canada*.

⁹⁷² Párrafo 380.

⁹⁷³ CIADI. Laudo del 15 de abril de 2016, en el asunto: *Vestey Group Limited Bolivarian v Republic Of Venezuela*. No. ARB/06/4.

⁹⁷⁴ Párrafo 296.

De acuerdo con lo antes visto, el estándar de proporcionalidad implícito hace parte del control jurisdiccional desplegado por los tribunales de arbitraje internacional sobre inversiones con el estado, bien sea a través de el estándar de la adecuación de la medida o del carácter adecuado del fin público que se persigue, o bien respecto de la razonabilidad de la medida o del comportamiento desplegado por el Estado respecto de los derechos de los inversionistas.

Conclusiones del capítulo

De acuerdo con lo antes visto, la noción de proporcionalidad implícita existe o, por lo menos, podemos relacionarla con la aplicación de ciertas disposiciones de los Acuerdos de la OMC. Según los autores, existe una noción negativa de la proporcionalidad *stricto sensu*, al interior del análisis de la arbitrariedad, injustificación o abuso del derecho, al que hacen referencia los párrafos introductorios del Artículo XX del GATT y XIV del GATS. Así mismo, por analogía con, las circunstancias fáctico-jurídicas en las que se ha hecho uso de la proporcionalidad expresa, tenemos un juicio de proporcionalidad implícito: en medio de la revisión del literal g) del artículo XX, del GATT; del estudio del numeral 1), literal a), Anexo C del Acuerdo de MSFS; en el estudio de imparcialidad de la medida que creó una distinción reglamentaria a las exportaciones, tal como lo establece el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC; en el numeral 1, literal c) del artículo 2 del Acuerdo sobre SMC y, en la determinación del daño causado con el dumping, de acuerdo con lo establecido los artículos 5.3 y 9.3 del Acuerdo Antidumping.

Así mismo, encontramos la noción implícita de proporcionalidad positiva, en medio del estudio de la necesidad de la medida estatal, en relación con las siguientes disposiciones de los Acuerdos: los literales a, b, d y j del Art. XX del GATT; el literal c del Art. XIV del GATS; el artículo 2.2 del Acuerdo OTC; los artículos 2.2, 5.1 y 5.6 del AMSFS y, eventualmente, respecto del artículo 5.1 del ASC. Igualmente, según la doctrina se podría encontrar un juicio implícito de proporcionalidad positiva, en el Acuerdo sobre SMC, específicamente, en el estudio del carácter ‘apropiado’ de las contramedidas, de la que tratan los artículos 4.10 y 4.11 y sus notas a pie de página 9 y 10. También, en el estudio de las medidas de retorsión, contempladas en el artículo 22.6 del ESD. En los diferentes contextos jurídicos, la proporcionalidad, negativa o positiva, está inmersa en el análisis cuantitativo y cualitativo de las medidas estatales.

En el derecho de las inversiones internacionales con el Estado, la noción de proporcionalidad implícita también tiene una perspectiva negativa y positiva y, es el producto de una ósmosis conceptual con otros principios o estándares jurídicos. En efecto, la noción de proporcionalidad ha sido relacionada tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia reciente

de los TAIIIE, por una parte, con las medidas abusivas y, por otra parte, con las medidas arbitrarias. Es decir que, en estos casos, estamos ante una visión negativa de la proporcionalidad puesto que, lo que se pretende es evidenciar el comportamiento desajustado del Estado respecto al inversionista y servir de límite en situaciones similares futuras. Actualmente, es más frecuente encontrar la proporcionalidad negativa implícita en medio del análisis del estándar de arbitrariedad que en relación con el abuso del derecho. Así mismo, llama la atención que, el análisis de la arbitrariedad hace referencia a la existencia de la motivación, en la decisión estatal que ha perjudicado los derechos de los inversionistas. Así mismo, en algunos casos, incluye el estudio del fin público perseguido, y en especial la desviación de los motivos, de manera que, sin decirlo abiertamente, se está analizando la relación entre los motivos y el fin público que se pretende alcanzar, con lo cual, se hace un juicio de la proporcionalidad de la medida. Este análisis lo encontramos en el estudio del estándar de arbitrariedad, es decir, hace parte de la visión negativa de la proporcionalidad implícita. El estudio del estándar de abuso del derecho y del estándar de arbitrariedad, se encuentran en medio del control hacia el estándar de TJE y la expropiación indirecta. También encontramos una perspectiva positiva en la noción de proporcionalidad implícita, presente en el estudio de la adecuación y de razonabilidad de los comportamientos estatales hacia los intereses de los inversionistas internacionales.

De manera que, al igual que, con la proporcionalidad explícita, la proporcionalidad implícita se desarrolla desde con un sentido cuantitativo y cualitativo en el derecho de la OMC, así como con un sentido solamente cualitativo en el derecho de inversiones internacionales con el Estado. El estándar o principio de proporcionalidad, es un concepto jurídico, que debería ser aplicado en todo sistema de solución de diferencias, toda vez que está relacionado con la idea de justicia y moderación. De manera que, en los casos en los que se manifiesta de forma implícita, es necesario establecer límites conceptuales que nos permitan identificar la noción de proporcionalidad cuando es aplicada, como un estándar jurídico de control, sin decirlo abiertamente, o sin utilizar el término de manera textual. Con la anterior aproximación al tema, se pretendía mostrar la existencia de la noción implícita, a través de la interacción del estándar de proporcionalidad con otros principios o estándares jurídicos con los que, los tribunales de arbitraje y el o SD habían relacionado a la proporcionalidad explícita, bien sea desde una perspectiva negativa o positiva. Sin embargo, es posible encontrar aproximaciones distintas en la búsqueda del contenido de proporcionalidad implícito. Sea como fuere, el estándar de proporcionalidad es una noción jurídica con

contenido poliédrico. Así mismo, la noción de lo desproporcional o proporcionado no necesita una expresión textual para que su contenido esté latente en el discurso doctrinal y jurisprudencial. “*The inevitability of balancing rights with the public interest means that in practice it creeps unnoticed into state-limiting approaches to proportionality. Since it is unnoticed, it is uncontrolled*”⁹⁷⁵. La existencia de una proporcionalidad implícita no significa que, siempre estamos ante un profundo escrutinio de la medida estatal. De hecho, pueden presentarse distintos niveles de intensidad en el análisis de la proporcionalidad, en sus diferentes formas y contenidos.

⁹⁷⁵ RIVERS, Julian. « Proportionality and Variable Intensity of Review », in *Cambridge Law Journal*, vol. 65, no. 1, March 2006, p. 174-207, p. 187.

Conclusiones de la Primera parte

La proporcionalidad es un estándar jurídico poliédrico, actualmente existente en el derecho internacional económico. Es decir que, la imposibilidad de enmarcar la forma y contenido de la proporcionalidad en lineamientos rígidos pre-establecidos, no ha impedido su participación, por activa y por pasiva, en la regulación de las relaciones internacionales comerciales y de inversión con el Estado. De hecho, el análisis de lo proporcional o desproporcionado hace parte del discurso jurídico actual en esas áreas del derecho internacional. Más allá de si es o no un principio jurídico, la proporcionalidad tiene un carácter normativo y envía al órgano jurisdiccional a analizar el carácter normativo y normal del Estado, en sus relaciones económicas internacionales.

Al revisar su contenido, observamos que no es posible contar con un contenido generalizable, puesto que la definición de lo que es o no proporcional depende de las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto. Sin embargo, la noción explícita e implícita encuentra elementos comunes. Por una parte, ambas manifestaciones de la proporcionalidad tienen un sentido negativo y positivo. Por otra parte, la noción de proporcionalidad explícita e implícita interactúa con otros estándares o principios jurídicos. En efecto, la noción de proporcionalidad está relacionada con otros principios o estándares, bien sea de forma horizontal, es decir, que se crea una osmosis conceptual en torno a la noción de proporcionalidad. O bien, de manera vertical, es decir que la proporcionalidad, positiva y negativa, puede estar inmersa en el estudio de otros estándares legales, incluso hacer parte de su definición.

SEGUNDA PARTE – LA IMPLEMENTACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO

Teniendo claro que, el principio de proporcionalidad existe en el derecho internacional económico, entonces, cabe preguntarse: ¿De qué manera se ha implementado? Pues bien, la puesta en marcha de la proporcionalidad en el derecho de la OMC y de las inversiones internacionales nos muestra su potencial de evolución y los aportes al derecho internacional económico.

Si bien no puede predicarse la existencia de una ponderación, con la estructura y profundidad con la que se ha implementado, en sistemas jurídicos no positivistas, el principio de proporcionalidad y la noción de ponderación hacen parte del razonamiento lógico deductivo con el que se ha llevado a cabo el control de legalidad de los Acuerdos y Tratados económicos. En efecto, ha sido aplicada con distintos niveles de intensidad, en la solución de diferencias de la OMC y en el arbitraje de inversiones con el Estado (**Título III**).

De manera que, es un estándar con potencial de evolución importante. Así mismo, la implementación del estándar de proporcionalidad revela dos grandes funciones que cumple en el derecho internacional económico. Por una parte, es un instrumento que aporta al razonamiento jurisdiccional del OSD y de los TAIIE. Por otra parte, permite la interacción del derecho internacional económico con otras áreas del derecho internacional, aportando a su sistematización (**Título IV**).

TITULO III -LOS NIVELES DE INTENSIDAD DEL CONTROL DE PROPORCIONALIDAD EN LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

A pesar de que, en la mayoría de los casos, el principio proporcionalidad no se ha aplicado, por el OSD y los TAIIE, como una fuente jurídica autónoma, en las decisiones jurisdiccionales encontramos diferentes niveles de intensidad en el control de las medidas estatales. Con base en dicho control, los órganos jurisdiccionales han decidido si se declara, o no, la responsabilidad estatal por el incumplimiento de las disposiciones contenidas en los Acuerdos y Tratados internacionales. En algunas ocasiones, el principio o estándar de proporcionalidad han participado de ese razonamiento jurisdiccional de control, bien sea de manera explícita o implícita.

Los niveles de intensidad hacen referencia a los grados en los que se hace el escrutinio de la medida estatal, por parte de los órganos jurisdiccionales. Los distintos niveles van, desde la máxima deferencia o mínima intensidad en el control judicial, hasta la substitución total de la actividad estatal o máxima intensidad del control judicial⁹⁷⁶. El juez de derecho interno cuenta con la legitimidad, propia de la democracia representativa, para realizar un control judicial, en principio, más intenso, que el juez internacional⁹⁷⁷. En el derecho internacional, esa variabilidad es bastante frecuente, entre las diferentes Cortes y Tribunales, que han desarrollado el control judicial sobre las decisiones estatales. Tal como veremos, respecto del principio de proporcionalidad, existen varias aproximaciones doctrinales respecto de los niveles de intensidad en el derecho público, tanto a nivel interno como a nivel internacional. Así mismo, en el derecho internacional económico, la doctrina ha advertido la variedad de lineamientos, a partir de los cuales, se hace el control de las medidas estatales.

⁹⁷⁶ JORDAO, Eduardo; AUBY, Jean-Bernard. *Le juge et l'administration : entre le contrôle et la déférence*. Bruylant, Bruxelles, 2016, 619 p., p. 270.

⁹⁷⁷ RIVERS, Julian. « Proportionality and Variable Intensity of Review », in *Cambridge Law Journal*, vol. 65, no. 1, 2006, p. 174-207, p. 176.

Así las cosas, cabe preguntarse: ¿es posible identificar niveles de intensidad en el uso de la noción jurídica de proporcionalidad, por parte del OSD y de los TAIIE? Si es así, ¿cuáles niveles utilizan en sus análisis? Pues bien, del estudio de las decisiones proferidas durante los últimos cinco años, se puede inferir que, actualmente la proporcionalidad es implementada en el derecho de la OMC y de las inversiones internacionales, con diferentes niveles de intensidad, tanto en la noción explícita como implícita.

Así mismo, analizaremos los niveles de intensidad en cada régimen jurídico por separado, en virtud de dos razones. Por una parte, el contenido y alcance de la proporcionalidad debe tener en cuenta el tipo de relación que se está analizando. En la solución de diferencias de la OMC, estamos ante el conflicto jurídico entre dos Estados, mientras que en el arbitraje de los TAIIE, se resuelven disputas entre un Estado y un ente privado. Por otra parte, cada sistema de solución de diferencias responde a unas metodologías distintas y regulan ámbitos jurídicos específicos.

De manera que, comenzaremos con el análisis de los niveles de intensidad, en el control de proporcionalidad llevado a cabo por el OSD de la OMC (**Capítulo 5**), para luego interesarnos por los niveles de intensidad en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado (**Capítulo 6**).

Capítulo 5. Los niveles de intensidad en la solución de diferencias de la OMC

Los niveles de intensidad del principio de proporcionalidad han sido objeto de diferentes aproximaciones, en el derecho público, dependiendo de la cultura jurídica de que se trate. Por ejemplo, en el derecho constitucional alemán y estadounidense, se han clasificado tres niveles distintos. En un extremo, encontramos el control de la evidencia, con el cual, “el Tribunal ejerce un alto grado de autocontención y concede al legislador la prerrogativa de que sus decisiones mantengan su constitucionalidad, a menos que lo contrario sea evidente- es decir, de que pueda ser demostrado con premisas muy seguras⁹⁷⁸”. En el otro extremo, encontramos el control sustancial intensivo, “que se aplica por ejemplo a las intervenciones muy restrictivas de los derechos fundamentales, control en el cual, la carga de argumentación juega a favor de estos derechos y en contra de las decisiones legislativas⁹⁷⁹”. Por último, el control de intensidad intermedia, que “constituye un rasero de enjuiciamiento que se sitúa en los dos anteriores⁹⁸⁰”.

En el derecho público francés, encontramos dos desarrollos distintos, respecto de los niveles de intensidad en el control de las medidas estatales. Por una parte, el control de constitucionalidad de las leyes, el cual, se limita a un control abstracto y mínimo. De hecho, el juez constitucional « *doit soit constater qu'il y a une sorte de contradiction flagrante entre les règles du droit constitutionnel et les dispositions contenues dans le texte examiné, soit de pronostiquer que le texte examiné produira à l'avenir des effets juridiques qui seront en contradiction avec les règles constitutionnelles*⁹⁸¹ ». En vista que la tarea de predicción de los efectos es difícil, entonces el control judicial es mínimo, con base en los argumentos que las partes presentan, respecto de los efectos inconstitucionales de la norma legal, en caso de ser aplicada⁹⁸².

Por otra parte, los niveles de intensidad en el control judicial de legalidad de las medidas estatales de carácter administrativo. De hecho, el juez administrativo no posee la « *maî-*

⁹⁷⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Centro de estudios políticos y constitucionales, 3a edición, Madrid, 2007, 885 p.,p. 735.

⁹⁷⁹ *Ibid.*

⁹⁸⁰ *Ibid.*

⁹⁸¹ FROMONT Michel, « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française », in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n° 8, 2004, pp. 171-187, p. 177.

⁹⁸² *Ibid.*

*trise de l'opportunité d'agir comparable à celle dont dispose a priori un gouvernement*⁹⁸³». Es decir que, en principio, el control de legalidad del juez administrativo termina, donde comienza la oportunidad o poder discrecional de la administración pública. Sin embargo, la anterior afirmación ha sido matizada por los diferentes niveles de intensidad que presenta el control de legalidad de la medida estatal. De hecho, el juez administrativo francés aplica cuatro niveles de intensidad distintos, que señalaremos, en orden de extensión, es decir, comenzado por el control con baja intensidad hasta el control con alta intensidad.

El primer tipo de control judicial, es el control mínimo, o control del exceso de poder, que es el ejercido en los casos en los que la ley ha otorgado a la administración, el poder total de la discrecionalidad para tomar la decisión administrativa. En este caso, el control del juez se limita a la revisión de los vicios sobre la competencia, los errores en la forma, los vicios en el procedimiento, la violación expresa de la ley, el error de derecho sobre los motivos de derecho, y/o la inaplicación de las leyes que sirvieron de fundamento para la toma de la decisión⁹⁸⁴. El segundo, es el control restringido, también conocido como el 'control del error manifiesto en la apreciación de los hechos'⁹⁸⁵. Teniendo en cuenta que, con base en los poderes discrecionales, la administración es libre de apreciar los hechos, entonces, el juez administrativo hace un control superficial sobre esa apreciación⁹⁸⁶.

El tercer tipo de control, es el control normal, que es aplicado en los casos en los que la ley ha enmarcado el poder discrecional de la administración. Es un control de la apreciación de los hechos que va más allá del control del error manifiesto, puesto que aquí el juez controla que el supuesto de hecho contemplado en la ley corresponda con las circunstancias fácticas del caso *sub judice*⁹⁸⁷. Finalmente, el control máximo, que es aplicado por el juez, en los casos en los que las decisiones administrativas intervienen en el ejercicio de libertades o derechos fundamentales. Este control ha iniciado con la decisión *Benjamin* de 1933, y tal como hemos visto⁹⁸⁸, permitió el ingreso del control de proporcionalidad, en el control de las

⁹⁸³ BECHILLON Denys de, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », in *Recueil Dalloz*, n°12/7065, 2002, pp. 973-978, p. 973.

⁹⁸⁴ BAILLEUL David « L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français », in *LGDJ*, 2002, 428 p., p.315.

⁹⁸⁵ DEFOORT Benjamin, *La décision administrative*, L.G.D.J., Paris, 2015, 706 p., p. 420

⁹⁸⁶ *Ibid.*, p. 422.

⁹⁸⁷ DONNAT Francis et CASAS Didier « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat », in *Revue du droit administratif*, 2004, n° 9, pp. 12-48, p. 12.

⁹⁸⁸ Cfr. capítulo 4, *supra*.

medias policivas. En este caso, el juez hace un análisis de los costos/ beneficios o bien de las ventajas/ inconvenientes respecto de la decisión tomada por la administración, en últimas, una ‘*mise en balance*’, en medio de la calificación jurídica de los hechos⁹⁸⁹. Para Michel TROPPER : “*l’opportunité d’une décision peut être une des conditions de sa légalité lorsque l’on envisage le contrôle de proportionnalité d’une mesure de police*”⁹⁹⁰ ». De manera que, con el control máximo de legalidad, entran a competir, por una parte los poderes judiciales en el control de legalidad y, por otra parte, los poderes discrecionales para la toma de la decisión administrativa⁹⁹¹.

En el derecho europeo, encontramos por una parte que, el TEDH hace uso de la doctrina del ‘margen nacional de apreciación’ que promueve la deferencia hacia las decisiones estatales relacionadas con los derechos de la CEDH. La intensidad en el control de proporcionalidad se traduce entonces, en la extensión de intervención sobre el margen nacional de apreciación. Si bien es cierto que, « *la démarche empreintée par la Cour EDH n’est pas uniformisée et il est difficile d’anticiper quels seront les critères de proportionnalité qu’elle mettra en avant dans une affaire* »⁹⁹², la determinación de intensidad del control de proporcionalidad dependerá del derecho analizado y su contexto. “En ese sentido, se podría afirmar que si los derechos en cuestión son civiles o políticos existirá un control estricto del margen nacional de apreciación, mientras que si es de naturaleza social, económica o cultural el control judicial internacional será laxo, por la libertad de configuración estatal y la palpable ausencia de consenso interestatal”⁹⁹³.

Por otra parte, el TJUE lleva a cabo un control de proporcionalidad que varía en función del origen de la norma. Si se trata de medidas europeas, hay una menor intensidad en el

⁹⁸⁹ VAUTROT-SCHWARZ Charles La qualification juridique en droit administratif, LGDJ, 2009, 685 p., p. 430.

⁹⁹⁰ TROPPER Michel ; PFERSMANN Otto, « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », in BLONDEL Séverine, et al., *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001, 373p., p. 21.

⁹⁹¹ LELLIG Wendy, « *L’office du juge administratif de la légalité* », tesis doctoral sustentada en la Universidad de Montpellier, 2015, bajo la dirección del profesor Guylain CLAMOUR, 607 p., p. 313.

⁹⁹² RACHO Tania, « Le système européen de protection des droits fondamentaux », tesis de doctorado en derecho europeo, sustentada en la Universidad Paris II-Panthéon Assas, bajo la dirección del profesor Claude Blaumann, 2018, 649 p., p. 399.

⁹⁹³ BARBOSA, Francisco. “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”, in *Revista Derecho del Estado* n.º 26, 2011, pp. 107-135, p. 117. Ver también. TEDH, decisión del 23 de octubre del 1997, en el asunto *National and Provincial Building Society y otros c. Reino Unido*, 1997, Recop.vii, párrafo 80, disponible en: <https://www.ucc.ie/academic/law/restitution/archive>

control de proporcionalidad. Así lo manifestó el Alto Tribunal, en una decisión relacionada con la agudeza visual para conducir vehículos, en estos términos : « *le législateur de l'Union dispose d'un large pouvoir d'appréciation et le contrôle de la Cour doit se limiter à examiner si l'exercice de ce pouvoir d'appréciation n'est pas entaché d'une erreur manifeste ou d'un détournement de pouvoir ou encore si ledit législateur n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation* »⁹⁹⁴. Es decir que el control se limita a censurar la desproporción, bajo la forma del ‘error manifiesto de apreciación’ o ‘desviación de poder’. En cambio, si se cuestiona una medida estatal, el TJUE ha realizado controles de proporcionalidad variados, con base en los elementos o subprincipios del test, es decir qu, los controles pueden ir, desde el control de la adecuación de la medida hasta, en algunos casos, la proporcionalidad *stricto sensu*⁹⁹⁵.

Del mismo modo, en un plano más universal, los jueces y árbitros internacionales han desarrollado el control de proporcionalidad con importante variabilidad. La denominación de esos niveles de intensidad tiende a confundirse con el contenido del control de proporcionalidad. Por ejemplo, en el derecho de las contramedidas internacionales, la proporcionalidad puede estudiarse desde la perspectiva cuantitativa, cualitativa, o ambas⁹⁹⁶. Enzo CANNIZARO propone comenzar el control por la proporcionalidad por el control cualitativo, que denomina proporcionalidad externa, para luego pasar al control cuantitativo o interna, en estos términos:

“the assessment of proportionality must be split into two logical operations that must be kept conceptually distinct. The first regards not so much the content of the measures, but rather the appropriateness of the aim that the State wishes to attain by acting in self-redress. We propose to indicate this by the formula ‘external proportionality’. This term is meant to convey the idea that proportionality requires not only that the means chosen are appropriate to the subjective aim of the respondent state, but also, and primarily, that the aim in itself be reasonable and appropriate in the context of the structure of the breached norm and of the legal consequences deriving from the breach. In other words, the essence of proportionality resides in comparing the measures adopted with the proper function of the action of self-redress. A distinct operation consists in appraising the appropriateness of the content of the measures

⁹⁹⁴ CJUE. Decisión del 22 de mayo de 2014, en el asunto *Glatzel*. No. C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350, punto 52. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152650&doclang=FR>

⁹⁹⁵ RACHO, Tania, *op.cit.*, p. 408.

⁹⁹⁶ KOLB, Robert. « La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions : essai de clarification conceptuelle », in SICILIANOS Linos-Alexandre, FORLATI-PICCHIO Laura, (éds), *Les sanctions économiques en droit international*, Leiden, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, pp. 379-443 p. 385. Ver también el Informe preliminar del Relator especial, Sr. Willem Riphagen, contenido en el Anuario de la CDI, 1980, vol. II, primera parte, documento A/CN.4/SER.A/1980/Add.I. P: 134, párrafo 92.

adopted in relation to the result that they seek to achieve. To this second logical operation we may reserve the term ‘internal proportionality’”⁹⁹⁷.

De manera que, si se analiza uno de los tipos de control de proporcionalidad, bien sea el cualitativo o externo o bien, el cuantitativo o interno, estaríamos ante un control con baja intensidad. En cambio, si en el mismo razonamiento, se analizan los dos elementos, al tiempo, estaremos ante un control más intenso.

También encontramos, en el control de proporcionalidad desarrollado por el TIJ, la distinción entre la proporcionalidad negativa y la proporcionalidad positiva, como dos niveles de intensidad distintos. Por ejemplo, en el asunto *Nauijaa*, el TIJ llevó a cabo un estudio de proporcionalidad negativo que consistió en verificar si las medidas estatales estaban «*hors de toute proportion avec l'acte qui les a[vait] motivées*»⁹⁹⁸. Así mismo, en el asunto de *l'Accord relatif aux services aériens*, el tribunal arbitral anunció que considerarían las medidas que habían sido el objeto de la acción de los Estados Unidos «*clairement disproportionnées à celles prises par la France*»⁹⁹⁹. Otro ejemplo, lo encontramos en el asunto “*Delimitación Marítima en el Mar Negro*”, donde el TIJ revisó si el resultado *a posteriori* no conducía “a una desproporción significativa en relación con las longitudes costeras respectivas y el reparto de las áreas que siguen”¹⁰⁰⁰. Si bien es cierto, en el derecho internacional de las contramedidas, incluso en el derecho internacional marítimo, encontramos variados ejemplos del uso de la proporcionalidad positiva¹⁰⁰¹, la tendencia ha sido la de un control de proporcionalidad más negativo que positivo. De manera que, el análisis de los niveles de intensidad, en el control de proporcionalidad, cuenta con distintas aproximaciones.

En el derecho de la OMC, el control de las medidas estatales está enmarcado por algunas disposiciones de los Acuerdos Marco, y por el ‘*standard of review*’ o norma de examen. Sin embargo, en medio del control al cumplimiento de los Acuerdos Marco, el órgano de apelación de la OMC ha adoptado diferentes metodologías para abordar el control

⁹⁹⁷ CANNIZZARO, Enzo, « The role of proportionality in the law of international countermeasures » in *European journal of international law = Journal européen de droit international*, vol. 12, n° 5, 2001, pp. 889-916, p. 899.

⁹⁹⁸ TIJ. Decisión del 31 de julio de 1928. Naciones Unidas, RSA, vol. II, p. 1028.

⁹⁹⁹ TIJ. Decisión del 27 de marzo de 1946. Naciones Unidas, RSA, vol. XVIII, p. 483, párrafo 83.

¹⁰⁰⁰ TIJ. Decisión del 3 de febrero de 2009, en el asunto *Rumania v Ucrania. Delimitación Marítima en el Mar Negro*. Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances, 2009. Párrafo 78, página 32.

¹⁰⁰¹ SICILIANOS, Linos-Alexandre. « Codification des contre-mesures par la Commission de Droit International », in *Revista BDI*, 2005, vol. 38, n°1-2, pp. 447-500, p. 480.

jurisdiccional de la medida estatal¹⁰⁰², de manera que, actualmente, no existen lineamientos generales respecto del ‘*standard of review*’ que es utilizado por el OSD de la OMC”¹⁰⁰³.

Si bien es cierto que, “*there is nothing in the WTO agreements that specifically provides (...) an express provision for the principle of proportionality*”¹⁰⁰⁴, la práctica reciente del OSD nos confirma que, el estándar de proporcionalidad, en sus distintas versiones (cualitativa, cuantitativa, negativa y positiva) hace parte de los diferentes grados en control de las medidas estatales¹⁰⁰⁵, de tal manera que, se evidencia el potencial del estándar de proporcionalidad en la solución de diferencias de la OMC¹⁰⁰⁶. Teniendo en cuenta la parte dispositiva, así como la parte motiva de los informes, proferidos durante los últimos cinco años, encontramos dos aproximaciones distintas del OSD, en el análisis de proporcionalidad de las medidas de los Estados Miembros. Por una parte, el OSD ha ejercido un control más deferente del estándar de proporcionalidad, en relación con las medidas en las que el Estado ha llevado a cabo una investigación previa, sobre el cumplimiento de los Acuerdos de la OMC, como es el caso de las contramedidas (**Sección 1**). Por otra parte, el OSD ha realizado un control menos restrictivo en los casos en los que se analiza por primera vez la vulneración de los Acuerdos de la OMC, como es el caso de los Acuerdos OTC, MSFS y las excepciones generales contenidas en el artículo XX del GATT y el artículo XIV del AGCS (**Sección 2**).

Sección 1. Un control deferente respecto a las determinaciones estatales

Desde el GATT de 1947, los Estados Miembros de la OMC han delegado al OSD el poder de pronunciarse sobre sus disputas, presentando observaciones y recomendaciones¹⁰⁰⁷. Los parámetros de esta delegación de poder se determinó en ‘los términos de referencia’, o límites jurisdiccionales del OSD, regulados por los artículos 1, 4 y 7 del ESD. Según dichas

¹⁰⁰² IOANNIDIS Michael, “Beyond the standard of review: Deference criteria in WTO law and the case for procedural approach”, in GRUSZCZYNSKI Lukasz & WERNER Wouter (éds), *loc.cit.*, p. 300.

¹⁰⁰³ GUZMAN, Andrew T. « Determining the Appropriate Standard of Review in WTO Disputes », in Cornell International Law Journal, vol. 42, no. 1, 2009, p. 45-76, p. 76.

¹⁰⁰⁴ HERWIG Alexia & SERDAREVIC Asja, « Standard of Review for Necessity and Proportionality Analysis in EU and WTO Law. Why Differences in Standards of Review are Legitimate », in GRUSZCZYNSKI Lukasz & WERNER Wouter (éds), *Deference in international courts and tribunals: standard of review and margin of appreciation*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 209-231, p. 217.

¹⁰⁰⁵ Si bien, haremos a los niveles de intensidad del control de proporcionalidad, es importante aclarar que, en las decisiones recientes, el OSD no ha aplicado el principio de proporcionalidad como una fuente jurídica autónoma, sino que el estándar de proporcionalidad participa del proceso interpretativo de los Acuerdos Marco.

¹⁰⁰⁶ Así mismo, cabe anotar que, las disposiciones de los tratados internacionales recientes, por fuera de los Acuerdos Marco, no han sido objeto de análisis dentro del OSD de la OMC, por lo que nuestro análisis se ha circunscrito a las decisiones del OSD respecto de los Acuerdos Marco.

¹⁰⁰⁷ De conformidad con los artículos XXII y XXIII del GATT de 1947, disponible en: www.wto.org

disposiciones, el mandato de los paneles consiste en determinar si ha habido una violación de las disposiciones de los ‘Acuerdos abarcados’ de la OMC. Así mismo, de conformidad con el artículo 11 del ESD, “Cada grupo especial deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con estos”¹⁰⁰⁸.

El mandato de los grupos especiales y del Órgano de Apelación está definido y limitado a un control de legalidad de los Acuerdos de la OMC, respecto de las medidas estatales sobre comercio internacional entre Estados Miembros. En principio, se trata de un razonamiento lógico formal propio del positivismo. Además de lo anterior, la capacidad decisional del OSD está limitada a lo contemplado en el párrafo 2 del artículo 3: “Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden aumentar o disminuir los derechos y obligaciones establecidas en los acuerdos abarcados” . Del mismo modo, el párrafo 2 del artículo 19 establece que “en sus conclusiones y sus recomendaciones, el grupo especial y el Órgano de Apelación no pueden aumentar ni disminuir los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados” .

Si bien es cierto, las facultades jurisdiccionales del OSD están enmarcadas en las disposiciones antes mencionadas, resulta empíricamente inevitable que, un órgano jurisdiccional, en medio del control de legalidad, no emplee un margen de apreciación, así sea mínimo, en la interpretación de la norma, así como, en la apreciación de la discrecionalidad estatal. De hecho, el OSD cuenta con algunas facultades discrecionales, en medio del proceso interpretativo o jurisdicción inherente. “*The court or tribunal’s intrinsic powers, derived from its nature as a judicial body*”¹⁰⁰⁹. Entre otras, cuenta con la facultad de seleccionar, a partir de lo dispuesto en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en adelante -CVDT-, las normas del derecho internacional que les permitan una mejor interpretación de las disposiciones convencionales atacadas¹⁰¹⁰, por ejemplo, el estándar de proporcionalidad.

¹⁰⁰⁸ Artículo 11 del ESD. Disponible en: www.wto.org

¹⁰⁰⁹ MITCHELL Andrew D, « The Legal Basis for Using Principles in WTO Disputes », in *Journal of International Economic Law*, 2007, vol. 10, no. 4, pp. 795–835, p. 821.

¹⁰¹⁰ KLABBERS Jan, *An Introduction to International Institutional Law*, segunda edición, 2009, Cambridge University Press, 388 p., p. 90.

En uso de esos poderes implícitos, el OSD ha realizado el control de las medidas estatales con base en el ‘*standard of review*’. Este término « *can be defined as the degree of intensity of review or the degree of deference that an international adjudicator grants to national decision-makers* »¹⁰¹¹. La preocupación subyacente, sobre este tema, radica en determinar hasta que punto los órganos jurisdiccionales, tales como el OSD, deben indagar respecto de los hechos y leyes, con base en los cuales, el Estado tomó la decisión inicial y, si están autorizados a hacerlo¹⁰¹². De hecho, los “*standards of review influence the vertical relationship between supranational adjudicators and makers of sovereign member states*”¹⁰¹³.

Al respecto, el numeral 6 del artículo 17 del Acuerdo Antidumping establece que:

“El grupo especial, al evaluar los elementos de hecho del asunto, determinará si las autoridades han establecido adecuadamente los hechos y si han realizado una evaluación imparcial y objetiva de ellos. Si se han establecido adecuadamente los hechos y se ha realizado una evaluación imparcial y objetiva, no se invalidará la evaluación, aún en el caso de que el grupo especial haya llegado a una conclusión distinta”¹⁰¹⁴.

Además de lo establecido en el artículo 11 del ESD y el numeral 6 del artículo 17 del Acuerdo Antidumping, los Acuerdos de la OMC “*did not specify a standard of review in the SCM Agreement, the SPS Agreement, the Safeguards Agreement, or any of the other WTO agreements*”¹⁰¹⁵. De manera que, de acuerdo con las reglas del Acuerdo específico, y los anteriores informes sobre el mismo tema, corresponderá a cada panel, en el caso bajo estudio, determinar hasta donde indagará en la apreciación fáctico-jurídica llevada a cabo por el

¹⁰¹¹ VADI Valentina; GRUSZCZY Lukasz « Standards of Review in International Investment Law and Arbitration: Multilevel Governance and the Commonweal » in *Journal of International Economic Law*, vol. 16, No. 3, pp. 613–633, p. 614. Ver también: BOHANES Jan; LOCKHART Nicolas « Standard of Review in WTO Law », in BETHLEHEM, Daniel ; MCRAE, Donald, NEUFELD, Rodney (Éds.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, Oxford University Press, 2010, 856 p., p. 379.

¹⁰¹² ANDENAS Mads; ZLEPTNIG, Stefan « Proportionality: WTO Law: in Comparative Perspective », in *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 20, n°1, 2007, pp. 371-423, p. 395. OESCH, Matthias. *Standards of Review in WTO Dispute Resolution*. International Economic Law Series, Oxford University Press, 2003, 296 p., p. 100.

¹⁰¹³ ZLEPTNIG, Stefan « The Standard of Review in WTO Law: An Analysis of Law, Legitimacy and the Distribution of Legal and Political Authority » in *European Integration online Papers (EIoP)*. 2002. Vol. 6. N° 17, pp. 1-33, p. 2.

¹⁰¹⁴ numeral 6 del artículo 17 del Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/adp_s/antidum2_s.htm

¹⁰¹⁵ GUZMAN, Andrew T. « Determining the Appropriate Standard of Review in WTO Disputes », op.cit.,p. 48.

Estado para tomar la decisión acusada¹⁰¹⁶. Al respecto, el OSD, en la decisión *Hormones*¹⁰¹⁷, intentó establecer una regla, en estos términos: “*The appellate body carefully ruled that the standard of review ‘must reflect the balance established (...) between the jurisdictional competences conceded by the Members to the WTO and the jurisdictional competences retained by the Members for themselves*”¹⁰¹⁸. Así mismo, en cuanto a la aplicación del artículo 11 del ESD, el órgano de apelación declaró “*the proper standard of review to be an ‘objective assessment of the matter’ by the panel*”¹⁰¹⁹. Sin embargo, el estándar de revisión en el derecho de la OMC es un concepto complejo, con naturaleza híbrida¹⁰²⁰.

Respecto del estándar de proporcionalidad, tal como hemos visto¹⁰²¹, para algunos autores, no sería conveniente su aplicación en la solución de diferencias de la OMC, puesto que llevaría a que las decisiones fueran menos deferentes¹⁰²². Para otros, el OSD ha hecho uso del estándar de proporcionalidad de forma deferente. Por ejemplo, para Daniel LOVIC:

« *As in all aspects of proportionality characterization, WTO tribunals give considerable deference to the judgments of domestic legislatures. (...). For the most part, WTO tribunals have indeed shown substantial respect for legislative decisions about optimality. It is only in some exceptional cases that WTO tribunals have shifted into the controversial area of openly contradicting a legislature*”¹⁰²³».

En la práctica decisonal reciente, se evidencia una importante variedad de intensidades en el control de proporcionalidad de la medida. Sin embargo, encontramos que frente al estudio de ciertas disposiciones de los Acuerdos de la OMC, el OSD ha marcado una tendencia hacia el control deferente de la medida estatal, especialmente en los casos en los que previamente el Estado ha considerado la vulneración de los Acuerdos de la OMC,

¹⁰¹⁶ ANDENAS, Mads; ZLEPTNIG, Stefan « Proportionality: WTO Law: in Comparative Perspective », op.cit., p. 395.

¹⁰¹⁷ OMC, informe del órgano de apelación en el asunto: Appellate Body Report, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products, EC-Hormones*, de fecha: 16 de enero de 1998. No. WT/DS48/AB/R.

¹⁰¹⁸ Párrafo 117.

¹⁰¹⁹ Párrafo 115.

¹⁰²⁰ ANDENAS, Mads ; ZLEPTNIG, Stefan, op.cit., p. 395 a 396.

¹⁰²¹ Cfr. Capítulo 2, *supra*.

¹⁰²² Ver, entre otros: HERWIG Alexia & SERDAREVIC Asja, « Standard of Review for Necessity and Proportionality Analysis in EU and WTO Law : Why Differences in Standards of Review are Legitimate », in GRUSZCZYNSKI Lukasz & WERNER Wouter (éds), *Deference in international courts and tribunals : standard of review and margin of appreciation*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 209-231, p. 226; GUZMAN, Andrew T. “Determining the Appropriate Standard of Review in WTO Disputes » op.cit., p. 76.

¹⁰²³ LOVIC, Daniel. *Deference to the Legislature in WTO Challenges to Legislation*. Kluwer Law International, Global Trade Series. 2009, 266 p., p. 151.

determinando la sanción del Estado infractor. De manera que, el control del OSD se limita a la apreciación fáctico-jurídico de la medida, sin entrar a valorar, de nuevo, las pruebas que hicieron parte de la investigación previa a la decisión estatal. Lo anterior se evidencia, por una parte, en el control de algunas disposiciones del Acuerdo Antidumping y en el control del artículo 2.1, c) del ASMC (§1). Por otra parte, en las contramedidas, a la luz de lo dispuesto en el artículo 22.6 del ESD (§2).

§1- En los derechos antidumping y compensatorios

En el caso de los derechos antidumping y los derechos compensatorios, como consecuencia de la existencia de subvenciones específicas, el Estado lesionado que tomó la medida objeto de revisión ante el OSD, había realizado, una investigación sobre el daño o la existencia de una subvención y había impuesto la sanción al Estado infractor. En efecto, el control de proporcionalidad también se enmarca en lo establecido en el artículo 11 del ESD y el artículo 17.6 del Acuerdo Antidumping. Según esas disposiciones, la intensidad del control se basa en dos aspectos interrelacionados. Por una parte, un control sobre los fundamentos fácticos de la decisión estatal, es decir que, el órgano jurisdiccional revisará si la evidencia fáctica fue establecida de manera adecuada y suficiente. Luego se hace un control de los fundamentos jurídicos. Aquí se revisan las conclusiones que las autoridades nacionales extraen del material probatorio. En este punto el OSD concede el margen de apreciación o deferencia, que se limita en la justificación adecuada de las conclusiones¹⁰²⁴. Con base en lo anterior, observamos que, el control de proporcionalidad, ejercido en las decisiones recientes del OSD es deferente, puesto que, se abordó desde la desproporción de la medida, explícita e implícita. Si bien es cierto que, en la mayoría de las decisiones del OSD se concluyó que las medidas estatales eran incompatibles con los Acuerdos de la OMC, el control de la medida se limitó a una apreciación del procedimiento que llevó a cabo la autoridad nacional, para determinar el valor de los derechos antidumping (A), y las subvenciones específicas, cuya determinación conlleva a la posibilidad de establecer derechos compensatorios (B).

¹⁰²⁴ SPAMANN Holger, “Standard of Review for World Trade Organization Panels in Trade Remedy Cases: a Critical Analysis”, In *Journal of World Trade*, 2004, vol. 38, nº3, pp. 509-555, p. 520.

A. Control de la desproporción en los derechos antidumping

El control de proporcionalidad negativo, tanto explícito como implícito, respecto de las medidas antidumping ha sido, en algunos casos de baja intensidad, puesto que se limita a un análisis cuantitativo, entre el daño ocasionado con el *dumping* y la medida antidumping. Para Alex MITCHELL: “*the degree of proportionality requerid in anti-dumping or countervailing measures is exact. The parties may have differents views as to the margin of dumping or the amount of subsidy, but once the member’s relevant authority have determined that level in an investigation in accordance with the WTO requirements, the Member cannot impose a duty that exceeds it*»¹⁰²⁵. Lo anterior lo observamos en los tres informes en los que se hace un control explícito e implícito de proporcionalidad y que relacionaremos, a continuación.

En efecto, en el informe *China-Antidumping tubos Japón*¹⁰²⁶, el grupo especial analizó el daño causado por China a las importaciones, con el *dumping* a la comercialización de tubos sin soldadura (sin costura) de acero inoxidable, para altas prestaciones, provenientes de Japón. Entre las disposiciones analizadas, encontramos la referencia explícita a la desproporción cuantitativa, en medio del estudio del párrafo 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping. De hecho, el grupo especial consideró que, debe estudiarse si el supuesto daño causado con el *dumping* afectó de forma desproporcionada la producción nacional, en relación con el conjunto de actividades del mismo sector de producción¹⁰²⁷. Sin embargo, el OSD no profundizó sobre el argumento de desproporción. Para el OSD, el estudio de la desproporción hace parte de lo que “cabría esperar que una autoridad investigadora hubiese tenido en cuenta¹⁰²⁸” sin mayores explicaciones. En las conclusiones del informe, el grupo especial consideró que, la determinación de la existencia de daño, formulada por China, es incompatible con los párrafos 1, 2, 4 y 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping, debido a que la autoridad estatal China incurrió en error en “determinar la relación causal entre las importaciones objeto de investigación y el daño importante a la rama de producción nacional, contrariamente a lo dispuesto en los párrafos 1 y 5 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping”.

¹⁰²⁵ MITCHELL Alex, « Proportionality », in *Legal principles in WTO*. New York. Cambridge University Press, 2008, pp. 177-237, p. 216.

¹⁰²⁶ Informes de los grupos especiales, del 13 de febrero de 2015, en el asunto China - medidas por las que se imponen derechos antidumping a los tubos sin soldadura (sin costura) de acero inoxidable para altas prestaciones procedentes del Japón. Nos. WT/DS454/R y WT/DS460/R.

¹⁰²⁷ Párrafo 7.202.

¹⁰²⁸ *Ibíd.*

Es decir que, el análisis de la desproporción sobre el daño a la producción nacional hizo parte de las comprobaciones del grupo especial respecto del incumplimiento de China a las disposiciones del Acuerdo Antidumping. Sin embargo, el control de proporcionalidad aquí utilizado tiene una baja intensidad, teniendo en cuenta que, el grupo especial reconoció que tendría como norma de examen, además del artículo 11 del ESD, el párrafo 6 del artículo 17 del Acuerdo Antidumping. Es decir que, a pesar de que el análisis de proporcionalidad participó en el razonamiento del OSD, llevándolo a concluir que se había vulnerado el artículo 5.3 del Acuerdo antidumping, el control de proporcionalidad fue restrictivo, teniendo en cuenta que se abordó desde una perspectiva negativa, sólo haciendo mención de la desproporción, sin ahondar en las explicaciones, y dentro de los límites de razonamiento anunciados en la norma de examen.

Así mismo, en la decisión *USA-Camarón*¹⁰²⁹, se analizó si la medida estatal que imponía derechos antidumping era excesiva, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 3, artículo 9 del Acuerdo Antidumping. En este caso, el grupo especial constató que, las autoridades investigadoras del Estado lesionado, inflaron la cuantía de *dumping*, utilizando el método ‘zeroing’ o reducción a cero, que consiste en hacer el cálculo con base en transacciones específicas y no en relación con el producto, en su conjunto. De esta manera, obtuvieron una mayor cuantía de derechos antidumping. El análisis del OSD fue restrictivo puesto que se limitó a verificar que el daño no quedó bien cuantificado, con base en un método, considerado por el OSD, incompatible con el Acuerdo Antidumping¹⁰³⁰.

Para el OSD, en vista que, la apreciación del carácter excesivo de los derechos antidumping quedó alterada con el uso del método de reducción a cero, en la determinación del *dumping*¹⁰³¹, “tras una evaluación objetiva del asunto, y un examen cuidadoso de las constataciones expuestas supra, no vemos ninguna razón para no apoyarnos en la interpretación de las disposiciones pertinentes y el razonamiento elaborados por el Órgano de Apelación en relación con la cuestión de la reducción a cero en esas diferencias anteriores”¹⁰³². Sin mayores explicaciones, el grupo especial decidió que: “la aplicación por el USDOC del método de reducción a cero simple para calcular los márgenes de dumping de los declarantes obligados en

¹⁰²⁹ Informe del grupo especial del 17 de noviembre de 2014, en el asunto: Estados Unidos - Medidas Antidumping sobre determinados Camarones procedentes de Vietnam. No. WT/DS429/R.

¹⁰³⁰ Párrafo 7.77.

¹⁰³¹ Párrafo 7.78.

¹⁰³² Párrafo 7.80.

los exámenes administrativos cuarto, quinto y sexto de la orden Camarones es incompatible con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos de conformidad con el párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping y el párrafo 2 del artículo VI del GATT de 1994”¹⁰³³.

Finalmente, en el informe, *China-antidumping*¹⁰³⁴, al igual que en la decisión antes vista, el grupo especial aclaró que, para determinar si la medida que determina el margen de dumping es excesiva, las autoridades estatales deben basarse en un cálculo, para el producto investigado en su conjunto y, para un exportador o productor extranjero determinado, de manera que, los resultados negativos en la comparación de precios, no induzca al error, a través del *zeroing* y, por tanto, a un margen de dumping excesivo¹⁰³⁵. De hecho, verificó que se estaba ante una práctica *zeroing*, concluyendo que: “los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping y el párrafo 2 del artículo VI del GATT de 1994 debido a la utilización de la reducción a cero en los cálculos del margen de dumping realizados mediante el método PP-T¹⁰³⁶”. Es decir que, también estamos ante un control de la medida excesiva o desproporción implícita, que se limita a la verificación de la actuación indebida, en este caso el *zeroing*.

De acuerdo con lo anterior, entonces ante el uso del estándar de proporcionalidad con baja intensidad en su uso. Si bien es cierto, en los tres casos se condena al Estado, es decir, se concluye que las medidas estatales son incompatibles con los Acuerdos de la OMC, la parte motiva nos muestra que la intensidad en el control fue limitada. De hecho, los informes dan cuenta de una verificación de los factores que, según las disposiciones del Acuerdo, debían incluirse en el cálculo de equivalencia entre el dumping y las medidas antidumping, sin que haya un análisis de relación entre los medios y los fines o se haya profundizado en el estudio de la discrecionalidad estatal.

B. Control de la desproporción respecto de las subvenciones específicas

En materia de subvenciones y derechos compensatorios, el OSD ha abordado el control de la proporcionalidad con diferentes intensidades, respecto del análisis del artículo 2.1, literal

¹⁰³³ Párrafo 7.81.

¹⁰³⁴ Informe del grupo especial del 19 de octubre de 2016, en el asunto: Estados Unidos - Determinados Métodos y su Aplicación a Procedimientos Antidumping que Atañen a China. No. WT/DS471/R, párrafos 7.237.

¹⁰³⁵ Párrafo 7.235.

¹⁰³⁶ Párrafo 8.1, b., i). Conclusiones y Recomendaciones.

c) del ASMC. De hecho, en algunas decisiones ha concluido la incompatibilidad de la medida estatal, en otras no. Por ejemplo, en el informe *Estados Unidos-Lavadoras*¹⁰³⁷, se analizó si la autoridad específica había constatado, en debida forma, la desproporción de las subvenciones y, por tanto, el carácter de subvenciones específicas *de facto*, de acuerdo con lo contemplado en el numeral 1, literal c) del artículo 2, del ASMC¹⁰³⁸. Al respecto, explicó con detalle lo que debe evaluarse, cuando se hace el control de la desproporción. Para el grupo especial:

“(…) una constatación de desproporcionalidad tiene que basarse en alguna forma de análisis relacional que examine la manera en que la cantidad recibida guarda relación con un punto de referencia -descrito ya sea en términos cuantitativos o cualitativos- que indique cuál es la cantidad que cabría esperar que el receptor habría recibido si la distribución hubiera sido proporcional¹⁰³⁹”.

Luego destacó los criterios cuantitativos que deben ser tenidos en cuenta en el análisis de la desproporción de las subvenciones¹⁰⁴⁰, concluyendo que: “La determinación de desproporcionalidad del USDOC no incluía el necesario análisis relacional de la cantidad de la subvención recibida por Samsung.(…) Por consiguiente, constatamos que la determinación de desproporcionalidad formulada por el USDOC es incompatible con el párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC¹⁰⁴¹”. En la norma de examen anunciada, además de tener en cuenta el habitual artículo 11 del ESD, el 17.6 del Acuerdo Antidumping, el grupo especial citó la decisión *Estados Unidos - Madera blanda VI*¹⁰⁴² para advertir que, si bien el OSD “debe cuidar de no asumir, él mismo, la función de evaluador inicial de los hechos, el grupo especial debe admitir la posibilidad de que las explicaciones dadas por la autoridad no sean razonadas o no sean adecuadas a la luz de otras explicaciones plausibles diferentes, y no adoptar una posición pasiva y ‘simplemente aceptar las conclusiones de las autoridades competentes’¹⁰⁴³”.

Con base en lo antes dicho, se advierte que el control de la desproporción se aplica dando más detalles sobre la inconformidad de la decisión estatal respecto de la disposición del

¹⁰³⁷ Informe del grupo especial, del 11 de marzo de 2016, en el asunto Estados Unidos - Medidas antidumping y compensatorias sobre lavadoras de gran capacidad para uso doméstico procedentes de Corea. No. WT/DS464/R.

¹⁰³⁸ Párrafos 7.236.

¹⁰³⁹ Párrafo 7.238.

¹⁰⁴⁰ Párrafos 7.239 a 7.243.

¹⁰⁴¹ Párrafo 7.244.

¹⁰⁴² Informe del órgano de apelación, del 5 de diciembre de 2005, en el asunto Estados Unidos - Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá, WT/DS257/AB/RW, párrafo 93.

¹⁰⁴³ Párrafo 7.6.

ASMC acusada, así mismo, con base en la norma de revisión anunciada, se dice que se va a analizar con un poco más de detalle la decisión estatal y finalmente declara, con base en el control de la desproporción, que la medida es incompatible con el artículo 2.1, literal c) del ASMC. Siguiendo un razonamiento similar, en el informe *Indonesia- Cuché*¹⁰⁴⁴, el grupo especial consideró que “Indonesia no ha establecido que el USDOC actuara de manera incompatible con el párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC al no determinar o identificar los programas de subvenciones pertinentes con respecto al suministro de madera en pie, la prohibición de las exportaciones de trozas o la condonación de deuda¹⁰⁴⁵”.

En cambio, en otras decisiones, el OSD no abordó con detalle la desproporción, teniendo en cuenta la carga probatoria en el procedimiento. De hecho, en el informe *Estados Unidos-Grandes Aeronaves (segunda reclamación), Recurso de Estados Unidos y México, de acuerdo con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD*¹⁰⁴⁶, el grupo especial evaluó los argumentos de la Unión Europea respecto de la desproporción en la cantidad de subvenciones otorgadas por Estados Unidos. El análisis se concentró en el aspecto probatorio y aplicando la carga probatoria a la Unión Europea, consideró que sus afirmaciones respecto de las desproporciones no habían sido acompañadas de las pruebas suficientes, por tanto, “la Unión Europea no ha establecido que la subvención otorgada mediante el programa de mano de obra para Boeing sea específica en el sentido del párrafo 1 c) del artículo 2¹⁰⁴⁷”.

En la decisión del órgano de apelación sobre el mismo asunto¹⁰⁴⁸, se analizó, con detalle, lo que implicaba el carácter desproporcionado de las cantidades de subvención, que llevaban a la calificación de especificidad de una subvención¹⁰⁴⁹. De manera que, pareciera que estamos ante un control más profundo o intenso sobre la proporcionalidad de la medida. Sin embargo, el órgano de apelación constató que: “el Grupo Especial no incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC, al concluir que el período per-

¹⁰⁴⁴ Informe del grupo especial, del 6 de diciembre de 2017, en el asunto: Estados Unidos - medidas antidumping y compensatorias sobre determinado papel estucado o cuché procedente de indonesia. No. WT/DS491/R.

¹⁰⁴⁵ Párrafo 8.1, a., iv. Conclusiones y Recomendaciones.

¹⁰⁴⁶ Informe del grupo especial del 9 de junio de 2017, en el asunto Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación). Recurso de la unión europea al párrafo 5 del artículo 21 del ESD. No. WT/DS353/RW.

¹⁰⁴⁷ Párrafo 8.1072

¹⁰⁴⁸ Informe del órgano de apelación del 28 de marzo de 2019, en el asunto: Estados Unidos - medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación). Recurso de la Unión Europea al párrafo 5 del artículo 21 del ESD. No. WT/DS353/AB/RW.

¹⁰⁴⁹ En los párrafos 5.184 a 5.197.

tinente respecto del cual debía examinarse la desproporcionalidad es ‘después de concluido el plazo para la aplicación’¹⁰⁵⁰”, tal como lo había alegado el Estado apelante. Si bien es cierto que, el grupo especial en su decisión final, revocó la interpretación del párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC del grupo especial¹⁰⁵¹, lo hizo por otros aspectos diferentes al carácter desproporcionado de la medida, que es lo que aquí nos atañe. De manera que se confirma, de forma tácita el razonamiento inicial, respecto del control de la desproporción.

Así las cosas, a pesar de que seguimos ante un control de proporcionalidad deferente, puesto que el análisis se limita a la apreciación fáctico-jurídica, encontramos algunos elementos que indican una variación en el tipo de control de baja intensidad, que ha sido aplicado. Las variaciones en la intensidad del control de proporcionalidad, se hacen más evidentes respecto del estudio de las medidas de retorsión, que veremos a continuación.

§ 2- En la suspensión de obligaciones comerciales, a la luz del artículo 22.6 del ESD

En caso de incumplimiento de las observaciones y recomendaciones del OSD, el ESD permite, como un último recurso, la implementación de medidas de retorsión, por parte del Estado lesionado con el incumplimiento, consistentes en la suspensión de las obligaciones hacia el Estado infractor, previa autorización del OSD¹⁰⁵². Los niveles de intensidad en la determinación de las medidas de retaliación han sido objeto de debates, incluso críticas respecto de experiencias anteriores. *“It follows then that the levels fixed in arbitral awards to date are, to a marked extent, arbitrary”*¹⁰⁵³.

De los informes proferidos durante los últimos cinco años, encontramos tres decisiones que, en aplicación del párrafo 6 del artículo 22 del ESD, realizan un control de proporcionalidad. En los tres casos estamos ante un análisis de la equivalencia, entonces de una visión positiva de la proporcionalidad. En uno de los informes se hace referencia a la proporcionalidad de forma explícita, en los otros dos, de manera implícita, a través del análisis de la equivalencia del nivel de suspensión de las concesiones. Los grados de intensidad en estos casos, son en

¹⁰⁵⁰ Párrafo 5.198.

¹⁰⁵¹ Párrafo 6.8. a.

¹⁰⁵² Article 22.1 del ESD.

¹⁰⁵³ SEBASTIAN Thomas, « World Trade Organization Remedies and the Assessment of Proportionality: Equivalence and Appropriateness », in *Harvard International Law Journal*, vol. 48, n° 2, 2007, pp. 337-382, p. 382.

principio deferentes, puesto que, el árbitro tiene como función determinar el nivel de suspensión de las obligaciones comerciales que resulte equivalente con el nivel de anulación o menoscabo por parte del Estado infractor¹⁰⁵⁴. De hecho, según el numeral 7 del artículo 22:

“El árbitro, que actúe en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 6 no examinará la naturaleza de las concesiones u otras obligaciones que se hayan de suspender, sino que determinará si el nivel de esa suspensión es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo. El árbitro podrá también determinar si la suspensión de concesiones u otras obligaciones propuesta está permitida, en virtud del acuerdo abarcado. Sin embargo, si el asunto sometido a arbitraje incluye la reclamación de que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, el árbitro examinará la reclamación¹⁰⁵⁵”.

De hecho, se trata de una proporcionalidad cuantitativa, es decir un análisis entre la acción y la reacción, que no va, en principio, más allá del cálculo matemático del nivel de suspensión que se autoriza a aplicar al Estado infractor. El análisis comienza con la determinación del nivel de menoscabo o anulación, en donde el árbitro tiene en cuenta el modelo de análisis presentado por las partes. Luego, se determina la cuantía del nivel de suspensiones que resulte equivalente con ese nivel de menoscabo o anulación ya establecido.

Sin embargo, en los informes recientes, encontramos que, en virtud de las circunstancias del caso concreto, el árbitro hizo un control de la equivalencia, o proporcionalidad positiva implícita, que fue más allá de la simple confrontación entre el nivel de menoscabo o anulación y el nivel de suspensión. Por una parte, luego evaluar las metodologías presentadas por las partes, incluyó modificaciones sobre el modelo a partir del cual consideró más razonable hacer la evaluación (A). Por otra parte, luego de rechazar las metodologías de análisis presentadas por las partes, determinó su propia metodología para analizar el nivel de anulación o menoscabo (B).

A. La modificación de la metodología presentada por una de las partes

En efecto, en la decisión del árbitro, sobre el asunto *EU-Atún II*¹⁰⁵⁶, se consideró que, la medida pertinente a los efectos del presente procedimiento de arbitraje es la medida sobre el atún de 2013, que es objeto de recomendaciones y resoluciones desfavorables específicas del

¹⁰⁵⁴ Artículo 22.4 del ESD.

¹⁰⁵⁵ Artículo 22.7 del ESD.

¹⁰⁵⁶ Decisión del árbitro, del 25 de abril de 2017, en el asunto: Estados Unidos - medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún. Recurso de los Estados Unidos al párrafo 6 del artículo 22 del ESD. No. WT/DS381/ARB

OSD y no la del 2016, tal como pedía Estados Unidos¹⁰⁵⁷. Luego de analizar las metodologías propuestas por México y Estados Unidos, consideró que ambas presentaban deficiencias. De manera que consideró que, el árbitro debería establecer la metodología, a partir de la cual, haría la determinación del nivel de menoscabo o anulación. Sin embargo, en el caso bajo estudio “como reconocen ambas partes, los datos obrantes en el expediente no permiten al Árbitro aplicar el enfoque de la diferencia de precios, porque no permiten una comparación entre los precios de los productos de atún etiquetados y sin etiquetar”. Párrafo seguido, advirtió que: “Puesto que no podemos elaborar un modelo alternativo, y dado que consideramos la teoría que subyace al modelo de México más convincente que la teoría que subyace al modelo de los Estados Unidos, basaremos nuestro cálculo en una versión del modelo de México con nuevas especificaciones¹⁰⁵⁸”. Es decir que, en este caso, si el árbitro hubiera contado con la información suficiente, habría creado su propia metodología para el cálculo del nivel de menoscabo o anulación.

En vista que no es posible, su análisis prosiguió con el modelo presentado por México con algunas modificaciones, concluyendo que: “el nivel de anulación o menoscabo de ventajas resultantes para México causado por la medida sobre el atún de 2013 es de 163,23 millones de dólares EE.UU. anuales. Por consiguiente, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 22 del ESD, México puede solicitar al OSD autorización para suspender concesiones u otras obligaciones según se indica en el documento WT/DS381/29 a un nivel que no supere los 163,23 millones de dólares EE.UU. anuales¹⁰⁵⁹”. Así las cosas, estamos ante un control de proporcionalidad cuantitativo, en el que el análisis del árbitro, debido a los límites en la información a su disposición se limitó a las modificaciones del modelo de México que tuvo en cuenta para determinar el nivel de suspensión equivalente. En los otros dos laudos, proferidos durante los últimos cinco años, el árbitro realizó un control de la proporcionalidad cuantitativa, más intenso, en la medida en que creó el modelo que consideró razonable para determinar en nivel de menoscabo o anulación.

¹⁰⁵⁷ Párrafo 3.66.

¹⁰⁵⁸ Párrafo 5.154.

¹⁰⁵⁹ Párrafo 7.1.

B. La determinación de un modelo propio de evaluación del nivel de suspensión equivalente

En el asunto *Estados Unidos-Grandes Aeronaves (Segunda Reclamación)*¹⁰⁶⁰, el árbitro resolvió el recurso de los Estados Unidos, con respecto a la solicitud de contramedidas presentada por la Unión Europea. Al recurrir al arbitraje, previsto en el artículo 22.6 del ESD, los Estados Unidos impugnaron el nivel de las contramedidas que figuraba en la solicitud de autorización para adoptar contramedidas presentada por la Unión Europea de conformidad con el artículo 22.2 del ESD y el artículo 7.9 del Acuerdo SMC. Los Estados Unidos también alegaron que no se siguieron los principios y procedimientos establecidos en el artículo 22.3 del ESD¹⁰⁶¹.

Si bien es cierto que, se denegaron las pretensiones del recurso, concluyendo que: “no percibimos que sea necesario ni esté justificado, en las circunstancias particulares del presente procedimiento, establecer el valor de la suspensión anual correspondiente a 2015 en un nivel superior al valor anualizado de los efectos desfavorables correspondiente a 2015 que hemos establecido¹⁰⁶²”. En este caso, el árbitro consideró que el mandato del árbitro para resolver la disputa, no solo se regía por el estándar de revisión establecido por el artículo 22.6 del ESD, sino también por el artículo 7.10 del Acuerdo SMC. Para el árbitro, esta última disposición amplía su margen de apreciación y por tanto la intensidad respecto del control de proporcionalidad, en estos términos:

“Como se indica en el artículo 7.10, nuestro mandato en el presente procedimiento de arbitraje es determinar si las contramedidas propuestas por la Unión Europea son "proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado". Sin embargo, si constatáramos que el nivel de las contramedidas propuesto por la Unión Europea no es proporcionado, deberemos proceder a formular nuestra propia determinación del nivel de las contramedidas que es proporcionado al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se ha determinado.⁶⁸ Análogamente, si determináramos que la metodología propuesta por la Unión Europea para calcular el nivel de las contramedidas, o cualquier metodología alternativa propuesta por los Estados Unidos, tiene deficiencias y no es adecuada, tal como se ha presentado, podemos realizar los reajustes correspondientes, o bien elaborar otra metodología adecuada nosotros mismos¹⁰⁶³”.

¹⁰⁶⁰ OMC. Decisión del árbitro, al recurso de los Estados Unidos al párrafo 6 del artículo 22 del ESD, del 13 de octubre de 2020, en el asunto: *Estados Unidos - medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*. No. WT/DS353/ARB.

¹⁰⁶¹ Párrafo 3.1

¹⁰⁶² Párrafo 8.1., a.

¹⁰⁶³ Párrafo 3.5.

Además, precisó que los “supuestos {utilizados en las metodologías de las partes} deberían ser razonables, teniendo en cuenta las circunstancias de la diferencia (...) También consideramos pertinente la constatación formulada en varios procedimientos de arbitraje de que los supuestos deberían estar basados en ‘información fidedigna, fáctica y verificable’. Asimismo, tenemos la obligación de evaluar los argumentos de las partes y las pruebas obrantes en el expediente de manera objetiva¹⁰⁶⁴”. De manera que, el mandato del árbitro, de acuerdo con lo antes expuesto, es más amplio, y en consecuencia, el juicio de la equivalencia o proporcionalidad positiva también, respecto del estándar de revisión establecido en el artículo 22.7 del ESD.

En la decisión del árbitro, en el asunto, *EU-Etiquetado EPO*¹⁰⁶⁵, el nivel de intensidad es un poco más alto, teniendo en cuenta que, se aplica una metodología nueva, diferente a la aportada por las partes, en la evaluación de la equivalencia, o proporcionalidad positiva respecto de la medida de retorsión bajo estudio. En efecto, Estados Unidos impugnó los niveles de suspensión indicados por el Canadá y México, en las solicitudes que presentaron al OSD, fundándose en que no son equivalentes a la anulación o el menoscabo causados. Recordemos que, para el árbitro, en estos casos, la ‘equivalencia’ consiste en el equilibrio entre dos niveles, es decir, entre el nivel de las concesiones que han de suspenderse de una parte y el nivel de la anulación o menoscabo, de otra¹⁰⁶⁶.

Respecto del estándar de revisión que aplicaría, el árbitro recordó que, de acuerdo con el mandato enunciado en el párrafo 7 del artículo 22 del ESD, el informe del árbitro, determinará si el nivel de esa suspensión es equivalente al nivel de la anulación o menoscabo¹⁰⁶⁷. Así mismo, advirtió que, en caso de que no acepten las determinaciones del Canadá y de México, en sus documentos de metodología, el árbitro está habilitado para realizar su propia determinación del nivel de anulación o menoscabo. Para el árbitro: “Nuestra tarea es evaluar las determinaciones que han hecho el Canadá y México de sus respectivos niveles de anulación o menoscabo. Si no podemos aceptar las determinaciones del Canadá y de México, nuestro

¹⁰⁶⁴ Párrafo 3.6

¹⁰⁶⁵ Decisión del árbitro, del 7 de diciembre de 2015, en el asunto: Estados Unidos - Determinadas Prescripciones En Materia De Etiquetado Indicativo Del País De Origen (EPO), Recurso de Los Estados Unidos al párrafo 6 del Artículo 22 Del ESD. Nos. WT/DS384/ARB; WT/DS386/ARB

¹⁰⁶⁶ Párrafo 4.3.

¹⁰⁶⁷ Párrafos 4.1 y 4.2.

mandato nos exige realizar nuestra propia determinación¹⁰⁶⁸”. Así mismo, el árbitro aclaró que:

“Observamos que, al hacer su propia determinación del nivel de anulación o menoscabo, árbitros anteriores han elaborado sus propias metodologías apropiadas, que, o bien se basaron en elementos de las metodologías propuestas inicialmente por las partes, o bien siguieron un enfoque completamente diferente. Observamos que cualquier determinación de anulación o menoscabo, al estar basada en supuestos, es necesariamente una "estimación razonada", que se apoya en "información fidedigna, fáctica y verificable"¹⁰⁶⁹”.

En efecto, en este caso, subestimó las metodologías de cálculo presentadas por las partes y con base en su propia metodología determinó el nivel de anulación o menoscabo con el que sería equivalente el nivel de la suspensión. Para el árbitro, “(...) de esa manera, nuestra decisión permite que el OSD se asegure de la "equivalencia" en cualquier autorización que otorgue de conformidad con el párrafo 4 del artículo 22 del ESD, posteriormente corresponderá al Miembro autorizado asegurarse de que la suspensión se aplique de manera que no exceda del nivel autorizado¹⁰⁷⁰”. Tal como podemos observar, el análisis del árbitro en este caso, no se limitó a una confrontación entre los documentos de metodologías para el cálculo del nivel de suspensión, sino que, el control de proporcionalidad fue el resultado de una apreciación jurisdiccional autónoma,

De acuerdo con lo visto hasta ahora, el estándar de proporcionalidad hace parte del control de las medidas estatales por parte del OSD y esa participación cuenta con diferentes aproximaciones e intensidades en el control de legalidad del OSD. A pesar de algunos casos, en los que las decisiones cuentan con una apreciación judicial más profunda, como en las contramedidas, en términos generales, el control de proporcionalidad ha tenido una tendencia hacia la deferencia respecto de las determinaciones que hace el Estado, bien sea en la determinación de los derechos antidumping o bien, respecto de las subvenciones específicas, teniendo en cuenta que el OSD parte de una medida cuyos motivos han sido contruidos con base en investigaciones previas realizadas por uno, o ambos Estados parte en el procedimiento.

¹⁰⁶⁸ Párrafo 4.4.

¹⁰⁶⁹ Párrafo 4.5.

¹⁰⁷⁰ Párrafo 4.6.

Si bien la deferencia del OSD hacia la autonomía regulatoria de los Estados es generalizada, en la práctica decisional reciente, también encontramos algunos casos en los que el control de proporcionalidad, a partir de la ponderación, es más profundo o intenso, que lo que hemos presentado hasta ahora, teniendo en cuenta que no ha habido un procedimiento o investigación previas en relación con las disposiciones de los Acuerdos de la OMC.

Sección 2. Un control menos deferente respecto al cumplimiento de los Acuerdos

En el derecho de la OMC, llama la atención el principio de ‘nivel de protección adecuado’, que las decisiones del Órgano de apelación del OSD han venido consolidando. « *Il s'agit du droit 'incontesté' de chaque Membre de déterminer le niveau de risque qu'il est disposé à accepter suivant les circonstances*¹⁰⁷¹ ». Este principio es aplicable en la interpretación del Acuerdo de MSFS y el AOTC, así como, respecto de las excepciones generales a la aplicación de los Acuerdos Marco de la OMC. Es decir que, en los casos en los que se está ante la afectación a la salud, el medio ambiente y otras obligaciones del Estado, distintas al comercio internacional, el Estado Miembro es quien puede determinar el nivel de riesgo que sufre su población y, por tanto, la medida, restrictiva del comercio internacional, que resulta más adecuada para hacer frente a la situación específica¹⁰⁷².

De manera que, con base en el principio de nivel de protección adecuado, la OMC, específicamente el OSD, es, en principio, deferente respecto del poder regulatorio del Estado y en consecuencia, las medidas de restricción comercial internacional son aceptadas. Por ejemplo, en la decisión *CE-Amianto*¹⁰⁷³, el OSD ha confirmado el derecho que le asistía a Francia de tomar medidas que alegaba haber adoptado sobre la base de un riesgo casi nulo contra el Cáncer¹⁰⁷⁴. Para el órgano de apelación, los miembros de la OMC tienen derecho de fijar el nivel de protección a la salud que ellos consideren apropiado en una situación

¹⁰⁷¹ MARCEAU, Gabrielle ; MARQUET, Clement. « La jurisprudence de l'OMC et la recherche d'un équilibre entre développement économique et considérations non – commerciales : le cas de l'environnement », in *Revue Québécoise de Droit International*, vol. 30, 2017, pp. 119-149, p. 127.

¹⁰⁷² OMC, informe del Órgano de apelación, en el asunto *États-Unis Crevettes (Article 21.5)*, 2001, No. WT/DS58/23, párrafo 122.

¹⁰⁷³ OMC, informe del Organo de apelación, del 12 de marzo de 2001, en el asunto, *Comunidades europeas - medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto* No. WT/DS135/AB/R.

¹⁰⁷⁴ Párrafo 168.

específica¹⁰⁷⁵. Siguiendo el mismo razonamiento, el OSD ha confirmado el derecho de los Miembros de tomar medidas unilaterales, en materia de protección al medio ambiente¹⁰⁷⁶.

Sin embargo, si el Estado disfraza un proteccionismo comercial, alegando que la medida estatal fue creada con el nivel de protección que consideró adecuado, el OSD está autorizado para recomendar la eliminación o retiro de esa medida, en virtud de la inconformidad con los Acuerdos de la OMC. Del mismo modo, la aplicación del nivel de protección adecuado no ha sido aceptada por el OSD, en los casos en que se hace una utilización abusiva de las excepciones a los Acuerdos de la OMC¹⁰⁷⁷.

Respecto del principio de proporcionalidad, recordemos que, una parte de la doctrina ha rechazado su aplicación en el derecho de la OMC¹⁰⁷⁸ y, una de las razones es que el “*cost-benefit balancing is incompatible with the principle that Members get to choose their own level of protection*”¹⁰⁷⁹. Así mismo, la aplicación del principio de proporcionalidad ha generado el temor a una forma de extralimitación de funciones o activismo judicial¹⁰⁸⁰. Para DESMEDT:

« Article 3.2 and Article 19.2 of the DSU explicitly prohibit judicial activism that adds or diminishes the rights and obligations provided in the covered agreements. In light of that precept, one should not conclude too easily that, as is the case in EC law, an unwritten proportionality principle exists in the current body of WTO law (...) In order for such a principle to apply in the WTO, one should expect Members to negotiate a rule, rather than wait for such a principle to emerge from dispute settlement cases in the WTO»¹⁰⁸¹.

Los debates en torno al uso de ponderación de intereses, no es exclusivo del derecho de la OMC, también respecto de la práctica de otros tribunales internacionales, tales como el TIJ. “*How can judges balance the proportionality of each sovereign's domestic assessment of a*

¹⁰⁷⁵ Ibid.

¹⁰⁷⁶ OMC, informe del Órgano de apelación en el asunto, *Communautés européennes Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque*, 2014, No. WT/DS400, 401 /AB/R, párrafos 5.200 y 5.261.

¹⁰⁷⁷ MARCEAU & MARQUET, *op.cit.* p. 137.

¹⁰⁷⁸ Cfr. capítulo 2, *supra*.

¹⁰⁷⁹ REGAN Donald H, “The meaning of ‘necessary’ in GATT Article XX and GATS Article XIV: the myth of cost-benefit balancing”, in *World Trade Review*, 2007, vol. 6, no. 3, pp. 347-369, p. 366.

¹⁰⁸⁰ BOGDANDY, Armin von ; VENZKE, Ingo. « Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers » in *German Law Journal*, 2011. Vol. 12. No. 5, pp. 979-1003, p. 984.

¹⁰⁸¹ DESMEDT Alex, « Proportionality in WTO Law », in *Journal of International Economic Law*, vol. 4, n°3, 2001, pp. 441-480, p. 480.

*'just' act against the other?*¹⁰⁸²”. Más allá de aquellas discusiones, el uso del principio de proporcionalidad esta enmarcado en el proceso interpretativo del control de legalidad, en este caso de los Acuerdos de la OMC y su aplicación no conlleva, necesariamente, a una falta de deferencia, en relación con la decisión tomada por el Estado. Por el contrario, en caso de aplicarse en debida forma, aporta a la coherencia y justificación de los informes del OSD¹⁰⁸³.

De hecho, con base en su uso, el OSD ha aplicado distintos niveles de intensidad, toda vez que, con base en el estándar de proporcionalidad (explícito e implícito) el OSD ha concluido, en algunos casos, que la medida incumplía los Acuerdos de la OMC y, en otros casos, que no lo hacía. Así mismo, tal como veremos, su implementación varía puesto que, en algunos casos, se desarrolla un razonamiento más amplio respecto del estándar de proporcionalidad y en otros se limita a una verificación de la desproporcionalidad, sin ahondar en el nivel de protección adecuado respecto de la medida de restricción al comercio. Si bien es cierto que, la mayor o menor motivación no necesariamente incide en la intensidad de control, también lo es que, gracias a las justificaciones en el uso del control de proporcionalidad explícito o implícito, podemos deducir el razonamiento que hizo el órgano jurisdiccional para llegar a sus conclusiones.

En efecto, las intensidades en el control de proporcionalidad son variadas tanto en el análisis de las disposiciones del AMSFS y AOTC (§1) como, en relación con las excepciones generales a los Acuerdos de la OMC (§2).

§ 1- En el control de las medidas a la luz de los Acuerdos MSFS y OTC

La estructura del control jurisdiccional, en el marco de los Acuerdos MSF y OTC es diferente. De hecho, el grupo especial y el órgano de apelación no necesariamente tienen que ceder ante las investigaciones formales realizadas a nivel nacional. A menudo serán el primer organismo en evaluar formalmente la evidencia, como las justificaciones científicas presentadas, en apoyo de una determinada medida nacional¹⁰⁸⁴. Entonces, los paneles estan

¹⁰⁸² CROW Kevin, “The Opacity of Proportionality in International Courts: Could Categories Clarify?”, in *George Washington International Law Review*, vol. 51, no. 2, 2019, p. 289-320, p. 299.

¹⁰⁸³ Cfr., capítulo 7, *infra*.

¹⁰⁸⁴ ANDENAS & ZLEPTING, *op.cit.*, p. 394.

menos restringidos en el control de hechos a nivel nacional que, en el marco de los Acuerdos Antidumping, ASMC e incluso las contramedidas de que trata el artículo 22.6 del ESD.

En efecto, encontramos que el OSD ha hecho un uso del control de proporcionalidad menos deferente, tanto en el uso del estándar de proporcionalidad negativo, positivo, como explícito e implícito. En cualquiera de sus versiones, el control de proporcionalidad que existe es cualitativo y se hace con un nivel de extensión más amplio, puesto que, evalúa directamente el carácter adecuado del comportamiento estatal o de la medida impuesta a otro Estado, en medio de las relaciones comerciales internacionales. Lo anterior no significa que siempre se esté ante la misma intensidad en el control jurisdiccional. De hecho, observamos, un nivel de intensidad distinto en el control de proporcionalidad a las disposiciones del AMSFS (A) que, en el control de la desproporción aplicado en el estudio del artículo 2.1 del AOTC (B).

A. En el estudio de las disposiciones del AMSFS

En efecto, los controles de proporcionalidad respecto del AMSFS, los encontramos, por una parte, en lo que respecta al análisis del literal a), del párrafo 1, del Anexo C del AMSFS. Por otra parte, respecto de la supuesta vulneración al artículo 5.6 del AMSFS. En efecto, en los informes *Estados-Unidos-Animales*¹⁰⁸⁵, *Federación de Rusia- Porcinos*¹⁰⁸⁶ e *Indonesia - carne de pollo*¹⁰⁸⁷, se analizó la supuesta vulneración del literal a), del párrafo 1, del Anexo C del AMSFS. Recordemos que estamos ante el análisis de la desproporción en el estudio de las supuestas ‘demoras indebidas’, con las que los Estados importadores actuaron frente a las solicitudes presentadas por los Estados exportadores, durante el trámite de aprobación, inspección y/o control de medidas sanitarias y fitosanitarias. En los tres informes, el análisis del grupo especial se enfocó, en determinar si, de acuerdo con las circunstancias específicas, el tiempo transcurrido entre la solicitud y la respuesta configuró un silencio excesivo, injustificado, irracional y ‘desproporcionado’. En caso de verificarse dicha situación, se estaría ante la

¹⁰⁸⁵ Informe del grupo especial, del 24 de julio de 2015, en el asunto Estados Unidos - medidas que afectan a las importaciones de animales, carne y otros productos del reino animal procedentes de la Argentina. No. WT/DS447/R, párrafos 2.1. a 2.5.

¹⁰⁸⁶ Informe del grupo especial del 19 de agosto de 2016, en el asunto Federación de Rusia - medidas relativas a la importación de porcinos vivos, carne de porcino y otros productos de porcino procedentes de la Unión Europea. No. WT/DS475/R, párrafo 2.1 a 2.9.

¹⁰⁸⁷ Informe del grupo especial, del 17 de octubre de 2017, en el asunto Indonesia - medidas relativas a la importación de carne de pollo y productos de pollo. No. WT/DS484/R.

vulneración del numeral 1), literal a), Anexo C¹⁰⁸⁸. En efecto, en el caso de *Estados-Unidos-Animales*, estamos ante la importación de carne bovina y las supuestas demoras se presentaron en el tratamiento de la solicitud consistente en excluir a la Patagonia sur de los países con restricciones comerciales por fiebre aftosa. El grupo especial concluyó que:

“Los Estados Unidos no han iniciado y ultimado sin demoras indebidas el procedimiento de examen de la solicitud presentada por la Argentina en relación con las importaciones de carne de bovino fresca (refrigerada o congelada) procedentes del norte de la Argentina y, por lo tanto, han actuado de manera incompatible con el artículo 8 y el párrafo 1 a) del Anexo C del Acuerdo MSF¹⁰⁸⁹”.

En el caso de la *Federación de Rusia- Porcinos*, la demora se presentó en el trámite de reconocimiento de zonas libres de peste porcina africana, en los Estados miembros de la UE. Para el grupo especial:

“el proceso de examen por Rusia de la solicitud presentada por la Unión Europea de reconocimiento de zonas libres de peste porcina africana dentro de la Unión Europea está comprendido en el ámbito del artículo 8 y el párrafo 1 del Anexo C del Acuerdo MSF. Con respecto a la prohibición para toda la UE, Rusia formuló peticiones de información que no se limitaban a lo necesario a efectos del procedimiento en litigio, por lo que infringió el párrafo 1 c) del Anexo C. Además, Rusia inició y ultimó el procedimiento en litigio con demoras indebidas, por lo que el procedimiento en litigio es incompatible con el párrafo 1 a) del Anexo C. Por consiguiente, el procedimiento en litigio es incompatible con el artículo 8 del Acuerdo MSF¹⁰⁹⁰”;

Finalmente, en *Indonesia - carne de pollo*, se analizó la acusación de demoras indebidas, en la aprobación de los certificados sanitarios para los productos de pollo. El grupo especial constató que: “que Indonesia ha causado una demora indebida en la aprobación del certificado sanitario veterinario incompatible con el artículo 8 y el párrafo 1 a) del Anexo C del Acuerdo MSF¹⁰⁹¹”.

En los tres casos el OSD debió analizar si los procedimientos de examen de las solicitudes de la Argentina para asegurar el cumplimiento de las medidas sanitarias y fitosanitarias,

¹⁰⁸⁸ En el informe *Estados-Unidos-Animales*, se hace esta cita en los párrafos 7.129 y 7.162. En el asunto *Federación Rusa-Porcinos* en los párrafos 7.535; 7.575 y 7.1091 y en la decisión *Indonesia - carne de pollo* en los párrafos 7.526 y ss.

¹⁰⁸⁹ Párrafo 8.1. b) ii.

¹⁰⁹⁰ Párrafo 8.1. d. vi.

¹⁰⁹¹ Párrafo 8.1. e.

cumplieron con la exigencia del párrafo 1 b) del Anexo C del Acuerdo MSFS, esto es, que esos procedimientos se inicien y ultimen sin demoras indebidas. En virtud que el AMSFS no establece otras disposiciones para tener en cuenta en la evaluación de la demora y su calificación como ‘indebida’ y ‘desproporcionada’, entonces, otorga discrecionalidad al Estado que dirige el procedimiento y al OSD para que se establezca el término que resultaría adecuado para tomar la decisión. En los tres casos, encontramos similitud de razonamiento del OSD. En primer lugar, el OSD revisó que la demora no sea atribuible al Estado ahora reclamante, y, en segundo lugar, si existe alguna justificación para la demora. En los tres casos, desestimó los argumentos presentados por el Estado causante de las demoras, con base en el análisis del procedimiento de cumplimiento de las medidas sanitarias y fitosanitarias. De manera que, a diferencia de la evaluación de los procedimientos previos, que se hace respecto de las contramedidas, especialmente derechos antidumping y derechos compensatorios, aquí el OSD hizo un análisis más profundo, en medio del cual participó el estándar de proporcionalidad de forma explícita.

Por otra parte, encontramos el control de proporcionalidad en el análisis del artículo 5.6 del AMSFS exige a los Miembros que se aseguren que las medidas “no entrañen un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica¹⁰⁹²”. Es decir que, una vez que se elige un nivel de protección, el grupo especial solo debe investigar si las posibles medidas sanitarias y fitosanitarias alternativas menos restrictivas del comercio habrían sido capaces de lograr el mismo nivel de protección, incluida la posibilidad de que no se necesite ninguna medida. Estas medidas alternativas deben ser técnica y económicamente viables. Entonces, el “*proportionality requirement is therefore limited to the instrument that is chosen to achieve an earlier determined level of protection*¹⁰⁹³”. Sin embargo, para el OSD en el caso *Australia-Salmón*:

“Consideramos por consiguiente que el Acuerdo MSF impone tácitamente la obligación de determinar el nivel adecuado de protección. No consideramos que haya obligación de determinar el nivel adecuado de protección en términos cuantitativos, lo que no quiere decir, no obstante, que un Miembro importador pueda determinar su nivel de protección en términos tan ambiguos o equívocos, que la aplicación de las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF, como el párrafo 6 del artículo 5, resulte imposible. Es evidente que no sería correcto interpretar el Acuerdo MSF de una forma que privara de eficacia a artículos o párrafos

¹⁰⁹² Artículo 5.6. del AMSFS, disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/sps_s/spsagr_s.htm

¹⁰⁹³ DESMEDT, *op.cit.*, p. 457.

completos de ese Acuerdo y permitiera a los Miembros eludir las obligaciones que les impone¹⁰⁹⁴”.

De manera que, el OSD podría hacer un control de la proporcionalidad implícita más intenso, en los casos en los que deba determinar el nivel de protección adecuado. En la práctica reciente del OSD, tendremos en cuenta los dos asuntos en los que se analizó la vulneración al artículo 5.6 del AMSFS, teniendo en cuenta que, la noción de proporcionalidad implícita existe, en medio de la evaluación de la necesidad de la medida, en forma de proporcionalidad positiva cualitativa.

De hecho, en la decisión *India-Agropecuarios*¹⁰⁹⁵, el OSD, analizó la supuesta vulneración del artículo 5.6 del AMSFS. Para ello, comenzó por la identificación del nivel de protección que se lograría en virtud de medidas alternativas basadas en las recomendaciones del Código Terrestre¹⁰⁹⁶. Luego, hizo una comparación de los niveles adecuados de protección de la India con el nivel de protección que ofrecen las medidas alternativas¹⁰⁹⁷. Después analizó si las medidas basadas en el Código Terrestre entrañaban un grado de restricción del comercio significativamente menor¹⁰⁹⁸. Con base en su análisis concluyó que:

“Hemos constatado que por lo que respecta a los productos comprendidos en el ámbito del Capítulo 10.4 los Estados Unidos identificaron medidas basadas en el Código Terrestre como una alternativa razonablemente disponible a las medidas de la India relativas a la IA. También hemos constatado que la alternativa es técnica y económicamente viable, lograría el nivel adecuado de protección de la India, y entraña un grado de restricción del comercio significativamente menor que las medidas de la India relativas a la IA. Por consiguiente, concluimos que los Estados Unidos han demostrado que por lo que respecta a esos productos las medidas de la India relativas a la IA entrañan un grado de restricción del comercio significativamente mayor que el requerido para lograr el nivel adecuado de protección de la India. Así pues, constatamos que en lo tocante a los productos abarcados por el Capítulo 10.4, del Código Terrestre las medidas de la India relativas a la IA son incompatibles con el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF¹⁰⁹⁹”.

A pesar de que la decisión no declaró el incumplimiento del artículo 5.6 del AMSFS, el OSD hizo un control distinto a una deferencia máxima y automática. De hecho, ponderó

¹⁰⁹⁴ Informe del órgano de apelación del 20 de octubre de 1998, en el asunto *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón*. No.WT/DS18/AB/R, párrafo 206.

¹⁰⁹⁵ Informe del grupo especial, del 14 de octubre de 2014, en el asunto *India - Medidas Relativas a la Importación de determinados productos agropecuarios*. No. WT/DS430/R

¹⁰⁹⁶ Párrafos 7.576 y ss.

¹⁰⁹⁷ Párrafos 7.582 y ss.

¹⁰⁹⁸ Párrafos 7.587 y ss.

¹⁰⁹⁹ Párrafo 7.597.

diferentes factores, concluyendo que la medida seleccionada por Estados Unidos estaba conforme con la disposición analizada.

Del mismo modo, en la decisión *Corea-Radionúclidos*¹¹⁰⁰, el grupo especial también tuvo en cuenta la decisión *Australia-Salmón* en estos términos:

“En el asunto *Australia - Salmón*, tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación confirmaron que la nota 3 al párrafo 6 del artículo 5 establece un triple criterio para establecer la existencia de una violación del párrafo 6 del artículo 5, a saber: [L]os tres elementos requeridos por el párrafo 6 del artículo 5 son que haya otra MSF:

- 1) razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica;
- 2) con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro 3) que sea significativamente menos restrictiva del comercio que la MSF impugnada¹¹⁰¹”.

Para el grupo especial “estos tres elementos son acumulativos, en el sentido de que para establecer la existencia de una incompatibilidad con el párrafo 6 del artículo 5, el reclamante debe demostrar que hay una medida alternativa que cumple los tres requisitos. Así pues, en caso de que no haya ninguna otra medida razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica, o de que con esa medida alternativa no se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro, o de que la medida en cuestión no sea significativamente menos restrictiva del comercio, el reclamante no habrá establecido la existencia de una incompatibilidad con el párrafo 6 del artículo 5¹¹⁰²”.

En efecto, el grupo especial siguió cada uno de esos pasos, ponderando entre las diferentes opciones que tenía Corea en el cumplimiento de las medidas sanitarias y fitosanitarias, sin embargo no tuvo en cuenta el nivel de protección adecuado. Al final consideró que Corea no había cumplido con algunos elementos del test y declaró la inconformidad de la medida, con lo señalado en el párrafo 6 del artículo 5 del AMSFS. El órgano de apelación consideró que el grupo especial había incurrido en error en la aplicación del test puesto que, no tuvo en cuenta todos los argumentos y pruebas presentadas en el

¹¹⁰⁰ Informe del grupo especial, del 22 de febrero de 2018, en el asunto: Corea - prohibiciones de importación, y prescripciones en materia de pruebas y certificación relativas a los radionúclidos. No. WT/DS495/R

¹¹⁰¹ Párrafo 7.116.

¹¹⁰² Párrafo 7.117.

procedimiento, además de que “debía identificar el nivel de protección que se lograría mediante la medida alternativa propuesta por el reclamante” y no lo hizo¹¹⁰³.

De acuerdo con lo antes visto, la proporcionalidad es un estándar que existe en la forma de ponderación, que hace el OSD cuando hace la apreciación fáctico-jurídica del procedimiento de cumplimiento o aceptación de las MSFS. Bien sea explícita o implícita, positiva o negativa, en el análisis de las anteriores disposiciones del AMSFS, se observa un control más externo que el que ha hecho el OSD respecto de otras medidas estatales producto de investigaciones previas, al punto que, en medio de la determinación de la existencia de medidas menos restrictivas, podía determinar el nivel de protección adecuado.

B. En el estudio del artículo 2.1. del AOTC

Además, del AMSFS, también encontramos el control de proporcionalidad cualitativo, en el análisis de la vulneración del artículo 2.1 del AOTC. En las decisiones del grupo especial y órgano de apelación, que trataremos a continuación, el OSD consideró el incumplimiento de la disposición, pero lo hizo desde una perspectiva negativa. En efecto, en el informe *Estados Unidos-Atún II*¹¹⁰⁴, el grupo especial hizo mención textual de la desproporción, como uno de los elementos de análisis, respecto de la imparcialidad de la medida que crea una distinción reglamentaria a las exportaciones, a la luz de lo contenido en el artículo 2.1. del AOTC. En este caso, Estados Unidos había proferido unas medidas relativas al etiquetado ‘*dolphin safe*’ del atún, haciendo una distinción entre el atún capturado dentro de la pesquería de grandes buques, de cerco del Océano Pacífico Tropical Oriental -PTO-, y el atún capturado por fuera de la pesquería. Para México esa distinción generaba un trato menos favorable a la exportación de productos de atún mexicano y era incompatible con varias disposiciones de los Acuerdos de la OMC.

¹¹⁰³ Informe del órgano de apelación, del 11 de abril de 2019, en el asunto: Corea - prohibiciones de importación, y prescripciones en materia de pruebas y certificación relativas a los radionúclidos. No. WT/DS495/AB/R, párrafo 6.2., a.

¹¹⁰⁴ Informe del grupo especial, del 14 de abril de 2015, en el asunto *Estados Unidos-Atún II. Recurso de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*. No. WT/DS381/RW.

Esa diferencia fue objeto de dos pronunciamientos por parte del OSD, uno del grupo especial¹¹⁰⁵ y otro del órgano de apelación¹¹⁰⁶, ambos informes proferidos con anterioridad al 2014. En ellos se solicitó a Estados Unidos realizar las modificaciones necesarias para ajustar la reglamentación a las disposiciones vulneradas, entre ellas, el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Pues bien, en esta ocasión, México consideró que las medidas creadas por Estados Unidos, para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD, a la que México alude colectivamente como ‘medida sobre el atún modificada’ siguen siendo incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, porque esa reglamentación continúa dando a los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el otorgado a los productos de atún similares de los Estados Unidos y a los productos de atún similares, originarios de cualquier otro país, con lo cual es ¹¹⁰⁷. Según el grupo especial, parte del análisis del supuesto trato perjudicial sufrido por México implica estudiar el reglamento técnico en litigio y, en particular, si éste fue imparcial. Para el grupo especial, “incluso si una medida estuviera basada en una distinción reglamentaria legítima, no derivaría, sin embargo, exclusivamente de esa distinción si el efecto perjudicial fuera desproporcionado¹¹⁰⁸”.

El análisis del párrafo 1 del artículo 2 del OTC continuó, respecto de las pruebas aportadas por las partes, concluyendo que, las nuevas pruebas presentadas en este procedimiento “respaldan la conclusión a que llegaron el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial¹¹⁰⁹”, es decir que, las prescripciones en materia de certificación, seguimiento y verificación diferentes, dan al atún y los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y a los productos similares originarios de cualquier otro país, infringiendo así lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2 del AOTC¹¹¹⁰. Cabe agregar que, el órgano de apelación en su informe *Estados Unidos-Atún II* ¹¹¹¹, constató el análisis del grupo especial respecto a la vulneración del artículo 2.1 del AOTC¹¹¹².

¹¹⁰⁵ Informe del grupo especial del 15 de septiembre de 2011, en el asunto: Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún. No. WT/DS381/R.

¹¹⁰⁶ Informe del órgano de apelación del 13 de junio de 2012, en el asunto: *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*. No. WT/DS381/AB/R.

¹¹⁰⁷ Informe del grupo especial, del 14 de abril de 2015, en el asunto *Estados Unidos-Atún II. Recurso de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD* No. WT/DS381/RW. Ver párrafos 1.9 a 3.3.

¹¹⁰⁸ Párrafo 7.95.

¹¹⁰⁹ Párrafo 7.135.

¹¹¹⁰ Párrafo 8.2, literales b) y c).

¹¹¹¹ Informe del órgano de apelación del 20 de noviembre de 2015, en el asunto *Estados Unidos-Atún II. Recurso de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*. No. WT/DS381/AB/RW.

¹¹¹² Párrafo viii, del artículo 8.1., a).

Es decir que el estándar de desproporción permitía determinar si la distinción reglamentaria era legítima y por tanto no estaría dando un trato menos favorable. Sin embargo, se observó que, en este caso había un efecto perjudicial desproporcionado, de manera que se estaba dando un trato menos favorable. De manera que, el control de la proporcionalidad fue más deferente que en el análisis de las disposiciones del AMSFS.

Ahora bien, en el marco de las excepciones generales, el OSD también ha mostrado diferentes niveles de intensidad en el control de proporcionalidad, explícito e implícito, llevado a cabo, en medio del análisis tanto de alguno de los apartados de las excepciones, como, respecto del análisis del párrafo o cláusula introductoria, tal como veremos a continuación.

§ 2- Un control más amplio en el análisis de las excepciones generales a los Acuerdos

En el estudio de las excepciones generales, a la aplicación de las obligaciones contenidas en los Acuerdos de la OMC, el OSD evalúa circunstancias fáctico-jurídicas que no han sido examinadas previamente, ni determinadas en procedimientos formales. De manera que, en principio, cuentan con un mayor margen de apreciación jurisdiccional, que en análisis de otras disposiciones convencionales. Sin embargo, su obligación consiste en verificar que las medidas estatales que restringen el comercio internacional no están generando un desequilibrio en relación con las obligaciones de otros Estados Miembros¹¹¹³.

La doctrina ha resaltado el rol del estándar de proporcionalidad en el examen de las excepciones generales a la aplicación de los Acuerdos de la OMC, especialmente respecto del Artículo XX del GATT. Para ANDENAS & ZLEPTING:

“Within the scope of Article XX, proportionality can be seen as a governing principle and flexible tool to guide the judicial inquiry into the lawfulness of domestic measures. (...) Balancing in Article XX relates to (and influences) very specific legal requirements such as “necessary to,” “arbitrary,” “unjustifiable” or “disguised.” Those provisions are interpreted

¹¹¹³ HILF Meinhard & PUTH Sebastian, « The Principle of Proportionality on its Way into WTO/GATT Law », In *European integration and international co-ordination: Studies in Transnational Economic Law in honour of Claus-Dieter Ehlermann*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, pp. 199-218, p. 215.

*through a subtle balancing of the different interests at stake. Taken together, these different tests define the treatment of domestic measures under Article XX*¹¹¹⁴».

Sin embargo, en medio del control de proporcionalidad, el OSD puede variar la intensidad de su análisis jurisdiccional. « *En ce qui concerne l'intensité du contrôle, la nature et les caractéristiques de la technique telle qu'elle se présente concrètement dans le raisonnement des organes judiciaires ne se sont pas encore bien consolidées et tendent à changer selon les circonstances et les intérêts en jeu* ¹¹¹⁵».

En efecto, en la práctica decisional reciente del OSD encontramos que, el uso del estándar de proporcionalidad ha llevado a un control jurisdiccional con tendencia hacia un nivel intenso. De hecho, en la mayoría de los asuntos, el OSD ha considerado que, las medidas estatales no cumplían con las condiciones para ser exoneradas de las obligaciones contenidas en los Acuerdos Marco. También, en algunos pronunciamientos el tratamiento del OSD ha sido más deferente respecto de la medida estatal analizada. En todos los casos, estamos ante la ponderación de diferentes factores, es decir un control de proporcionalidad cualitativo. Por una parte, al interior del análisis de la necesidad de las medidas para proteger la moral pública, de acuerdo con lo establecido en el apartado a) del artículo XX del GATT (A). Por otra parte, en el análisis de otros apartados, tanto del artículo XX del GATT como del artículo XIV del AGCS (B).

A. Respecto de las medidas ‘necesarias para proteger la moral pública’.

En la práctica decisional reciente del OSD, encontramos tres asuntos en los que se hace un análisis detallado de la necesidad de las medidas del Estado supuestamente porque protegen la moral pública. En los tres asuntos, se analiza el cumplimiento de las condiciones del literal a) del artículo XX del GATT. En este caso, estamos ante una proporcionalidad implícita positiva y cualitativa. Por otra parte, se analiza la conformidad con lo establecido en el párrafo introductorio del artículo XX del GATT, es decir que el control de proporcionalidad, a pesar de manifestarse en forma de ponderación, se acerca a una noción negativa de la proporcionalidad. Si bien podría dividirse el análisis entre, la proporcionalidad

¹¹¹⁴ ANDENAS & ZLEPTING, *op.cit.*, p. 412.

¹¹¹⁵ ROUZZI Elisa, « L'application du principe de proportionnalité en droit de l'organisation mondiale du commerce », In RUIZ FABRA Hélène & GRADONI Lorenzo (éds.), *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de législation comparée, Collection Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris, 2009, pp. 475-492, p. 491.

positiva y la negativa, la intensidad del control jurisdiccional del OSD respecto al apartado a) y a la cláusula introductoria se hace con una misma lógica decisoria, de manera que, analizaremos, ambos controles de proporcionalidad, en conjunto.

Pues bien, en el asunto *Comunidad Europea-Focas*¹¹¹⁶, la disputa consistía en determinar si las medidas adoptadas por la Unión Europea, en relación con los productos derivados de las focas, eran necesarias para proteger la moral pública, tal como lo establece el apartado a) del artículo XX del GATT. Si bien es cierto, el informe del grupo especial no hace parte del campo de estudio seleccionado para el análisis, esto es, decisiones proferidas a partir del año 2014, el grupo especial llevó a cabo un juicio de ponderación, sin decirlo abiertamente, con lo cual, ha sido incluido en el análisis. En efecto, el grupo especial concluyó que las medidas la Unión Europea para las focas eran provisionalmente necesarias en el sentido del apartado a) del artículo XX del GATT de 1994, pero consideró que no estaban conformes con lo establecido en la cláusula introductoria del artículo XX del GATT, de manera que no cumplían con lo exigido para quedar exentas de las obligaciones de los Acuerdos de la OMC¹¹¹⁷. El órgano de apelación¹¹¹⁸, confirmó la decisión del grupo especial y el análisis llevado a cabo respecto del apartado a), pero revocó el razonamiento, respecto de la cláusula introductoria del artículo XX del GATT¹¹¹⁹. En su lugar, adoptó el siguiente razonamiento:

“la cláusula introductoria tiene por efecto preservar el equilibrio entre el derecho de un Miembro a invocar las excepciones del artículo XX y los derechos de los demás Miembros a estar protegidos de conductas prohibidas en virtud del GATT de 1994. Se requiere lograr este equilibrio ‘de modo que ninguno de los derechos en conflicto suprim[a] el otro y de esa forma distorsion[e], anul[e] o menoscab[e] el equilibrio de derechos y obligaciones que los Miembros mismos han establecido’¹¹²⁰”.

¹¹¹⁶ OMC, Informe del grupo especial del 25 de noviembre de 2013, en el asunto: Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas. No. WT/DS400/R; WT/DS401/R.

¹¹¹⁷ Párrafo 7.649 y ss.

¹¹¹⁸ Informe del órgano de apelación del 22 de mayo de 2014, en el asunto Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas. Nos. WT/DS400/AB/R; WT/DS401/AB/R

¹¹¹⁹ El órgano de apelación concluyó que: “revoca las constataciones del Grupo Especial en el marco de la cláusula introductoria del artículo XX del GATT de 1994, que figuran en los párrafos 7.649, 7.650, 7.651 y 8.3 d) del informe del Grupo Especial solicitado por el Canadá, sobre la base de que el Grupo Especial aplicó un criterio jurídico incorrecto”. Ver párrafo 6.1., d. i.

¹¹²⁰ Párrafo 5.296.

El órgano de apelación comenzó su análisis analizando el objetivo de política pública que la Unión Europea pretendía alcanzar con la medida restrictiva al comercio¹¹²¹. Luego, estudió la relación entre el reglamento de la UE sobre focas y ese objetivo público¹¹²². Su análisis lo llevó a considerar que el régimen de focas de la UE no había justificado lo suficiente su ‘relación racional’ con el objetivo de la medida, tal como lo alegaban, de manera que la discriminación comercial que afectaba a Canadá y Noruega no estaba justificada y era arbitraria¹¹²³, de manera que incumplía los requisitos para quedar exonerada de la disciplina de la OMC¹¹²⁴. Así las cosas, el control de proporcionalidad llevado a cabo en este caso, fue amplio en la medida en que revisó la apreciación estatal al momento de crear el reglamento, respecto del objetivo público que se perseguía. Especialmente, el carácter racional de la relación entre uno y otro, mostró un despliegue detallado del uso de los poderes implícitos con los que cuenta el OSD para la interpretación jurisdiccional.

Ahora bien, en lo que respecta al análisis del apartado a) del artículo XX del GATT, nos concentraremos en el razonamiento del grupo especial, toda vez fue confirmado por el órgano de apelación¹¹²⁵. En efecto, no sólo encontramos una ponderación entre diferentes factores, sino una explicación detallada de cada una de las etapas que siguió el grupo especial en sus constataciones¹¹²⁶. En primer lugar, reconoció la proporcionalidad de manera implícita, al considerar que:

“La necesidad de una medida en el sentido del apartado a) del artículo XX se determina a través de ‘un proceso en el que se sopesa[n] y se confronta[n]’ ‘todos los factores pertinentes, en especial el alcance de la contribución al logro del objetivo de una medida y el grado de restricción del comercio que implica, teniendo en cuenta la importancia de los intereses o valores en juego’. Cuanto más vitales o importantes sean los intereses o valores que fomenta una medida, más fácil será aceptar esa medida como necesaria. Según el Órgano de Apelación, ‘si en este análisis se llega a una conclusión preliminar de que la medida es necesaria, hay que confirmar este resultado comparando la medida con las posibles alternativas a ella que puedan tener efectos menos restrictivos del comercio y proporcionen una contribución equivalente al logro del objetivo perseguido’¹¹²⁷.”

¹¹²¹ Párrafos 5319 y ss.

¹¹²² Párrafos 5322 y ss.

¹¹²³ Párrafo 5.339.

¹¹²⁴ Párrafo 6.1., d., ii.

¹¹²⁵ Párrafo 6.1., c. i.

¹¹²⁶ Informe del grupo especial del 25 de noviembre de 2013, *op.cit.*

¹¹²⁷ Párrafo 7.630.

En efecto, en el ejercicio de sopesar y confrontar distintos factores, el grupo especial comenzó examinando si el objetivo de política perseguido por la Unión Europea, está comprendido en la serie de políticas destinadas a proteger la moral pública, de conformidad con lo previsto en el apartado a) del artículo XX¹¹²⁸. Luego, estudió el grado de restricción al comercio que generaba el reglamento de la UE¹¹²⁹. Consideró que:

“hay que evaluar también el grado efectivo de la contribución de la prohibición teniendo en cuenta el efecto en el funcionamiento de la prohibición de las excepciones explícitas e implícitas. Ello nos permitirá evaluar objetivamente la necesidad de la medida frente a cualquier medida alternativa compatible con el GATT o menos restrictiva del comercio que esté razonablemente al alcance y haga una contribución al objetivo equivalente o superior a la de la medida en cuestión¹¹³⁰”.

Luego de analizar los argumentos de las partes respecto de los hechos probados, consideró que el reglamento de la UE contribuía al bienestar de las focas, reduciendo el número de focas matadas de manera cruel, lo que guardaba “una estrecha vinculación con el primer aspecto de las preocupaciones de moral pública de los ciudadanos, a saber, las preocupaciones de orden moral relativas a ‘la incidencia de la matanza cruel de focas’”¹¹³¹. Luego, respecto a la legitimidad del objetivo perseguido, consideró que la determinación de si se estaba ante fines comerciales y no comerciales no incidía en la legitimidad del objetivo perseguido¹¹³². En cuanto a la cuestión de si el régimen de la UE para las focas restringía el comercio, más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo, consideró que: “la cuestión pertinente es, por lo tanto, el grado de la contribución efectiva que el reglamento técnico, tal como se ha redactado y aplicado, hace al logro del objetivo o los objetivos legítimos”¹¹³³. Si bien es cierto, el resultado de ese análisis llevó al grupo especial a considerar que la medida era provisionalmente necesaria para alcanzar el fin público perseguido, el análisis de muestra una intensidad importante en el control jurisdiccional respecto del artículo XX del GATT, en medio del cual, se hacen presentes algunos elementos del contenido del estándar de proporcionalidad.

¹¹²⁸ Párrafo 7.631.

¹¹²⁹ Párrafo 7.635.

¹¹³⁰ Párrafo 7.636.

¹¹³¹ Párrafo 7.411.

¹¹³² Párrafo 7.421.

¹¹³³ Párrafo 7.426.

El control del OSD respecto del apartado a) del artículo XX del GATT, el asunto *Colombia – Textiles*¹¹³⁴ fue extenso. De hecho, el test de necesidad, que incluye un juicio de ponderación implícito, fue establecido con mayor claridad, en estos términos:

“un examen sobre si una medida es “necesaria” es un proceso en el que se deben sopesar y confrontar, de forma íntegra, los siguientes factores: a. La importancia del objetivo; b. La contribución de la medida al logro del objetivo que persigue; y c. El grado de restricción de la medida en el comercio internacional. d. Si se llega a la conclusión preliminar de que la medida es necesaria, se confirma el resultado comparando la medida impugnada con posibles alternativas razonablemente disponibles, que sean compatibles con la OMC, o menos incompatibles, que puedan tener efectos menos restrictivos del comercio, y que proporcionen una contribución equivalente al logro del objetivo perseguido¹¹³⁵”.

Llama la atención que, el análisis de la importancia del objetivo público perseguido fue analizada con detalle. De hecho, el grupo especial se cuestionó sobre si la medida, consistente en un arancel compuesto creado por el Decreto 546, en realidad estaba destinada a proteger el lavado de activos y por tanto la moral pública. Específicamente planteó las siguientes preguntas: ¿Había demostrado Colombia que el combate al lavado de activos esta comprendido de las políticas destinadas a proteger la moral pública en Colombia?, ¿Existe prueba de que los umbrales establecidos en el Decreto No. 456 reflejan “condiciones de mercado” y cualquier precio por debajo de los mismos es “artificialmente bajo”?, ¿Existe prueba de que los productos importados a precios inferiores a los umbrales establecidos en el Decreto No. 456 están siendo subvalorados?, ¿Existe prueba de que las importaciones a precios inferiores a los umbrales establecidos en el Decreto No. 456 tienen por objeto el lavado de activos?¹¹³⁶, entre otras preguntas. El grupo especial concluyó que: “Colombia no ha demostrado que el arancel compuesto está destinado a combatir el lavado de activos. En consecuencia, Colombia tampoco ha demostrado que el arancel compuesto sea, en este sentido, una medida destinada a proteger la moral pública¹¹³⁷”. En lo que respecta a la cláusula introductoria, según el grupo especial:

“En cuanto al elemento de discriminación “arbitraria o injustificable”, el análisis guarda relación fundamentalmente con la causa o las razones de ser de la discriminación, es decir, si la discriminación que resulta de la aplicación de alguna medida tiene una causa o un funda-

¹¹³⁴ OMC. Informe del grupo especial del 27 de noviembre de 2015, en el asunto: *Colombia — Medidas Relativas A La Importación De Textiles, Prendas De Vestir y Calzado*. No. WT/DS461/R.

¹¹³⁵ Párrafo 7.310.

¹¹³⁶ Ver títulos 7.4.2.5.2 a 7.4.2.5.2.12

¹¹³⁷ Párrafo 7.401.

mento legítimo a la luz de las directrices establecidas en los apartados del artículo XX. En otras palabras, hay discriminación arbitraria o injustificable ‘cuando un Miembro trata de justificar la discriminación resultante de la aplicación de su medida con razones que no guardan relación alguna con la consecución del objetivo comprendido en el ámbito de un apartado del artículo XX, o van en contra de ese objetivo’. Es decir, la evaluación de si la discriminación es arbitraria o injustificable debe hacerse a la luz del objetivo de la medida¹¹³⁸’.

De manera que, según esta decisión, el análisis de la cláusula introductoria del artículo XX del GATT se hace teniendo en cuenta no sólo la existencia de una justificación, sino también se controlan los motivos de la decisión, en relación con el objetivo de la medida. A diferencia de lo que ocurre con otras decisiones analizadas, en esta ocasión el grupo especial entregó más explicaciones y justificaciones sobre su decisión, que aportan a la comprensión del contenido y alcance de la cláusula introductoria del artículo XX del GATT¹¹³⁹. Finalmente concluye que: “el arancel compuesto no se aplica de forma tal que cumpla con los requisitos de la cláusula introductoria del artículo XX del GATT de 1994¹¹⁴⁰”. El órgano de apelación confirmó las anteriores constataciones¹¹⁴¹.

Un razonamiento similar se llevó a cabo en la decisión *Brasil-Impuestos*¹¹⁴², en donde:

“El Grupo Especial ha llevado a cabo un análisis holístico, sopesando y confrontando la importancia del objetivo, la contribución de la medida a ese objetivo y el grado de restricción del comercio de la medida, y teniendo en cuenta las medidas alternativas razonablemente disponibles. En opinión del Grupo Especial, y en particular teniendo en cuenta las alternativas razonablemente disponibles que, a juicio del Grupo Especial, no solo son compatibles con la OMC y tienen menos efectos de restricción del comercio, sino que probablemente contribuyen al objetivo en mayor medida que los aspectos discriminatorios del programa PATVD, el Brasil no ha demostrado que los aspectos de la medida declarados incompatibles con las disposiciones del GATT de 1994 sean “necesarios” para lograr la inclusión social y el acceso a la información en el sentido del apartado a) del artículo XX del GATT de 1994”¹¹⁴³.

En relación con la cláusula introductoria, consideró que: “Habida cuenta de sus constataciones *supra* de que la medida no se justifica provisionalmente al amparo del apartado a) del artículo XX del GATT de 1994, el Grupo Especial no considera necesario formular constataciones sobre si el Brasil ha demostrado que su defensa al amparo del apartado a) del artículo

¹¹³⁸ Párrafo 7544.

¹¹³⁹ Dedicación del párrafo 7.538 al párrafo 7.590.

¹¹⁴⁰ Párrafo 7.591.

¹¹⁴¹ Informe del órgano de apelación del 7 de junio de 2016, en el asunto: *Colombia — Medidas Relativas A La Importación De Textiles, Prendas De Vestir y Calzado*. No. WT/DS461/AB/R, párrafo 6.10, a.

¹¹⁴² OMC. Informe del grupo especial del 30 de agosto de 2017, en el asunto: *Brasil - Determinadas Medidas Relativas a la Tributación y Las Cargas*. Nos. WT/DS472/R; WT/DS497/R, párrafo 7.524.

¹¹⁴³ Párrafo 7.622.

XX cumple los requisitos previstos en la parte introductoria de ese artículo¹¹⁴⁴». De manera que, para el OSD en este caso, la medida restrictiva al comercio internacional no cumple con las condiciones para ser eximida de las obligaciones contenidas en los acuerdos de la OMC.

Así las cosas, los análisis del OSD respecto del cumplimiento de lo contemplado en el apartado a) del artículo XX del GATT, así como, en el párrafo introductorio, nos muestran una intensidad mayor en el control jurisdiccional, que además incluye un juicio de ponderación o sopeso entre factores distintos. En medio de ese análisis se le da una especial importancia o peso al objetivo público perseguido, de hecho, el OSD estudia con detalle si ese objetivo público corresponde con la moral pública, de manera que luego pueda confrontarse con la medida restrictiva al comercio, para establecer si es una medida necesaria para alcanzar el objetivo perseguido.

En cambio, en el análisis de otros apartados del Artículo XX del GATT si bien encontramos informes que consideran el incumplimiento de la disposición, el control de proporcionalidad no tiene la misma intensidad. Para ROUZZI,

« La technique développée par le test de nécessité traditionnel, mais – grâce à la prise en compte d’autres facteurs indiqués par l’organe d’appel – devient plus nuancée, avec des effets différents sur l’allocation du pouvoir décisionnel selon les circonstances de l’espèce. Ce type d’analyse, s’il n’entraîne pas automatiquement l’application du critère de proportionnalité stricto sensu, ne l’exclut cependant pas »¹¹⁴⁵».

B. En relación con otras excepciones generales

A diferencia del análisis del apartado a) del artículo XX del GATT, en los informes que analizaremos, a continuación, el OSD no presentó, con tanto detalle, el razonamiento con el que llegó a las conclusiones y recomendaciones. Sin embargo, en la mayoría de los asuntos declaró que las medidas con las que se restringió el comercio internacional, no estaban justificadas en los apartados del Artículo XX del GATT.

¹¹⁴⁴ Párrafo 7.625.

¹¹⁴⁵ ROUZZI, p. 491.

En efecto, en el informe *Indonesia-Animal*¹¹⁴⁶ el grupo especial debió analizar la supuesta vulneración de los apartados b), d) y j) del artículo XX del GATT, respecto de diez medidas distintas tomadas por Indonesia. El grupo especial analizó si las medidas eran ‘esenciales’ o ‘necesarias’ en el sentido de los apartados b), d) y j) del artículo XX del GATT. Para ello, comenzó con el estudio de la importancia del objetivo público perseguido, luego, con el análisis del grado de restricción del comercio y la contribución, finalmente, las medidas alternativas que resultaban menos restrictivas para el comercio internacional entre Estados Miembros¹¹⁴⁷. El grupo especial llegó a la conclusión que Indonesia no demostró que las medidas estuvieran justificadas al amparo de los apartados del Artículo XX del GATT. Sin embargo, el órgano de apelación¹¹⁴⁸ revocó las constataciones del grupo especial, declarando superflua y carente de efectos jurídicos la constatación formulada por el Grupo Especial al amparo de los apartados b) o d) del artículo XX del GATT de 1994¹¹⁴⁹. En lo que respecta al párrafo introductorio, el grupo especial consideró:

“(…) habiendo constatado que ninguna de las medidas en litigio pertinentes se aplica de manera compatible con la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994, continuar el análisis no estaría justificado (...) En caso de que el Órgano de Apelación no estuviera de acuerdo con nuestras constataciones a este respecto, el Grupo Especial ha desarrollado lo suficiente el expediente para que se pueda completar el análisis si el Órgano de Apelación lo considera necesario¹¹⁵⁰”.

El órgano de apelación decidió abstenerse de pronunciamiento alguno sobre la conformidad con la cláusula introductoria del artículo XX del GATT teniendo en cuenta las deficiencias del material probatorio¹¹⁵¹, con lo cual, confirmó tácitamente lo dicho por el grupo especial.

¹¹⁴⁶ OMC. Informe del grupo especial del 22 de diciembre de 2016, en el asunto: *Indonesia - Importación De Productos Hortícolas, Animales y Productos del Reino Animal*. No. WT/DS477/R; WT/DS478/R, párrafo 5.563.

¹¹⁴⁷ Ver títulos 7.3.4.2. al 7.3.4.6.

¹¹⁴⁸ Informe del grupo especial del 9 de noviembre de 2017, en el asunto: *Indonesia - Importación De Productos Hortícolas, Animales y Productos del Reino Animal*. No. WT/DS477/R; WT/DS478/AB/R, párrafo 6.8, a.

¹¹⁴⁹ Párrafo 6.8., a. El mismo razonamiento respecto de los demás apartados.

¹¹⁵⁰ Párrafo 6.47.

¹¹⁵¹ Informe del grupo especial del 9 de noviembre de 2017, en el asunto: *Indonesia - Importación De Productos Hortícolas, Animales y Productos del Reino Animal*. No. WT/DS477/R; WT/DS478/AB/R, párrafo 6.8, a.

Así mismo, en el informe *India-células solares*¹¹⁵², se hizo un análisis del objetivo público perseguido. Luego, si las prescripciones de contenido nacional eran ‘esenciales’ o ‘necesarias’. Después el grupo especial revisó los criterios jurídicos de los apartados d) y j) del artículo XX. Tuvo en cuenta la importancia del objetivo, el grado de restricción del comercio y contribución. También analizó las medidas alternativas. Para el grupo especial: “la India no ha demostrado que las prescripciones de contenido nacional sean medidas “para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del [GATT de 1994]¹¹⁵³”, concluyendo que: “las prescripciones de contenido nacional no estaban justificadas al amparo de las excepciones generales previstas en los apartados d) y j) del artículo XX del GATT¹¹⁵⁴”.

El órgano de apelación confirmó la decisión del grupo especial¹¹⁵⁵. Respecto de la cláusula introductoria, el grupo especial observó que los argumentos de la India, respecto a la vulneración del párrafo introductorio del artículo XX del GATT se repetían en relación con la vulneración de los apartados d) y j) del artículo XX del GATT, entonces. “En consecuencia, ya hemos examinado el fondo de estos argumentos y afirmaciones fácticas en las secciones anteriores del presente informe. Sobre la base de lo anterior, no vemos ninguna razón convincente para continuar examinando las prescripciones de contenido nacional en el marco de la cláusula introductoria del artículo XX del GATT de 1994 y, por consiguiente, nos abstenemos de hacerlo¹¹⁵⁶”. El órgano de apelación, confirmó el razonamiento del grupo especial al respecto¹¹⁵⁷. Así las cosas, si bien encontramos los elementos del test de necesidad en los que participa la proporcionalidad implícita, no es posible evidenciar la intensidad en la motivación sino en la parte dispositiva de los informes.

En el informe *Argentina-Servicios financieros*¹¹⁵⁸, el grupo especial analizó la supuesta vulneración al apartado (c) del Artículo XIV, es decir, si son “necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos” de Argentina, teniendo en cuenta los criterios para el

¹¹⁵² Informe grupo especial del 24 de febrero de 2016, en el asunto: *India - Determinadas Medidas Relativas A Las Células Solares y Los Módulos Solares*. No. WT/DS456/AB/R.

¹¹⁵³ Párrafo 7.333

¹¹⁵⁴ Párrafo 8.2., b.

¹¹⁵⁵ Informe del órgano de apelación 16 de septiembre de 2016, en el asunto: *India - Determinadas Medidas Relativas A Las Células Solares y Los Módulos Solares*. No. WT/DS456/R, párrafo 6.6.

¹¹⁵⁶ Párrafos 7.389 y 7.390.

¹¹⁵⁷ Informe del órgano de apelación 16 de septiembre de 2016, en el asunto: *India - Determinadas Medidas Relativas A Las Células Solares y Los Módulos Solares*. No. WT/DS456/R, párrafos 6.4, c. y 6.6, b.

¹¹⁵⁸ OMC. Informe del grupo especial del 30 de septiembre de 2015, en el asunto: *Argentina – Medidas Relativas Al Comercio de Mercancías y Servicios*. No. WT/DS453/R, párrafos 7.660 y 7.661.

análisis del párrafo introductorio del artículo XX del GATT¹¹⁵⁹. Tuvo en cuenta el estándar de proporcionalidad, desarrollado por el informe *CE-Focas*, es decir que en el análisis de la necesidad de la medida se debía hacer “sobre la base de este proceso de 'sopesar y confrontar' y de comparación de medidas, teniendo en cuenta los intereses o valores en juego¹¹⁶⁰”. Comenzó el análisis analizando la importancia de los objetivos perseguidos, luego la contribución de las medidas a la consecución de los objetivos perseguidos; el grado de restricción al comercio de cada una de las medidas y las posibles medidas alternativas¹¹⁶¹.

A diferencia de otros análisis, en este informe el grupo especial presenta el juicio de proporcionalidad desplegado, en estos términos:

“El Grupo Especial debe ahora sopesar y confrontar la importancia de los intereses o valores comunes protegidos por las leyes o reglamentos de que se trate, la contribución que realizan las medidas a la observancia de dichas leyes o reglamentos, y el efecto de las medidas sobre el comercio de servicios. Al sopesar estos tres factores, debemos también tomar en cuenta que no se han identificado medidas alternativas razonablemente disponibles que permitan lograr el mismo nivel de protección que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8¹¹⁶²”. “El Grupo Especial ha constatado que la protección de su sistema de recaudación de impuestos y la lucha contra prácticas fiscales nocivas y contra el lavado de dinero son intereses o valores de la mayor importancia para Argentina. Hemos también concluido que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 contribuyen a la consecución del objetivo perseguido. Asimismo, hemos considerado que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 tienen un efecto restrictivo limitado sobre el comercio internacional de servicios¹¹⁶³”. “Junto a ello, hemos constatado que Panamá no ha identificado ninguna medida razonablemente al alcance de Argentina y menos restrictiva del comercio que Argentina podría adoptar para lograr los mismos objetivos, es decir, para lograr el mismo nivel de recaudación de impuestos y, en cuanto a la Medida 8, para lograr el mismo nivel de protección contra el lavado de activos¹¹⁶⁴”. “A tenor de lo anterior, el Grupo Especial concluye, de manera preliminar, que las Medidas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 son "necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles" con el AGCS en el sentido del apartado (c) del Artículo XIV del AGCS¹¹⁶⁵”.

Párrafo seguido entró a analizar si las medidas cumplían con lo contemplado en la cláusula introductoria, es decir si constituían una discriminación arbitraria e injustificada, razonamiento que terminó concluyendo que no se cumplían con esos requisitos, de manear que las medidas no eran en últimas necesarias, a la luz de lo contemplado en el apartado c) del artículo

¹¹⁵⁹ Párrafo 7.585.

¹¹⁶⁰ Párrafo 7.660.

¹¹⁶¹ Párrafos 7.662 a 7.737.

¹¹⁶² Párrafo 7.737.

¹¹⁶³ Párrafo 7.738.

¹¹⁶⁴ Párrafo 7.739.

¹¹⁶⁵ Párrafo 7.740.

lo XIV del AGCS¹¹⁶⁶”. El anterior razonamiento fue confirmado por el órgano de apelación¹¹⁶⁷.

El anterior análisis nos muestra claramente la ponderación de intereses y factores en juego, en la que se seleccionaron los intereses en conflicto, se le atribuyó un peso a cada uno y luego se decidió cuál prevalecía sobre cual, de manera que la ponderación o control de proporcionalidad implícito, están presentes en medio del análisis de necesidad de las medidas. Así como el OSD consideró el incumplimiento de la disposición convencional, también presentó con detalle su razonamiento de ponderación, de manera que, estamos ante un control de proporcionalidad más intenso, que en los casos antes expuestos.

Finalmente, en el asunto *China-Tierras Raras*¹¹⁶⁸, encontramos un control distinto, puesto que el control jurisdiccional se hace desde la desproporción de la medida. En este caso, China clasificó las tierras raras en ligeras, intermedias y pesadas, creando medidas de contingencia comercial o restricciones cuantitativas a la exportación sobre varias formas de tierras raras¹¹⁶⁹. Adujo que las medidas se encontraban amparadas por lo dispuesto en el literal g) del artículo XX del GATT, según el cual, para que una medida restrictiva al comercio internacional esté exenta de la aplicación de los Acuerdos de la OMC, debe guardar relación con la conservación de los recurso naturales agotables. El grupo especial comenzó por analizar lo que debe considerarse “relativo a¹¹⁷⁰”. En este punto tuvo en cuenta las condiciones establecidas en informes anteriores del OSD.

Una de esas condiciones consiste en que las medidas restrictivas al comercio, no tengan “un alcance y ámbito desproporcionadamente amplios en relación con el objetivo político de la protección y conservación¹¹⁷¹”, es allí donde la desproporción explícita hizo parte del análisis. Luego de analizar las decisiones precedentes sobre el mismo tema, para el grupo especial: “esto indica que las medidas, aunque no tengan que estar principalmente destinadas a la conservación, tienen aun así que guardar una relación sustancial, estrecha y real con el objetivo de conservación¹¹⁷²”. Pues bien, luego de revisar los argumentos presentados por

¹¹⁶⁶ Párrafo 7.764.

¹¹⁶⁷ Informe del órgano de apelación del 14 de abril de 2016, en el asunto: *Argentina – Medidas Relativas Al Comercio de Mercancías y Servicios*. No. WT/DS453/R, párrafo 7.1., c.

¹¹⁶⁸ Párrafo 2.3.

¹¹⁶⁹ Párrafo 2.13

¹¹⁷⁰ Párraf 7.279.

¹¹⁷¹ Párrafo 7.281.

¹¹⁷² Párrafo 7.283.

China para demostrar que la medida correspondía con las medidas relativas a la conservación, para el grupo especial: “China no ha presentado argumentos específicos que expliquen por qué los criterios de admisibilidad contenidos en las medidas en litigio son relativos a ‘la conservación de los recursos naturales agotables’¹¹⁷³” y, concluyó que, “China no ha demostrado que los incumplimientos de sus compromisos en materia de derecho a comerciar pueden justificarse al amparo del apartado g) del artículo XX¹¹⁷⁴”.

Respecto de la cláusula introductoria del artículo XX del GATT, el grupo especial analizó si la medida causaba una discriminación arbitraria o injustificada o una restricción encubierta al comercio internacional, concluyendo que “la estructura misma del sistema de contingentes de exportación, que impone a los consumidores extranjeros singulares y especiales cargas basándose en que están situados fuera de China, es discriminatoria, en infracción de las prescripciones de la parte introductoria del artículo XX, de manera que se incumple lo dispuesto en la parte introductoria del artículo XX¹¹⁷⁵”. Para llegar a esta conclusión, decidió tener en cuenta varios criterios. Por una parte, si esa discriminación y/o restricción encubierta al comercio internacional existe, después si esa discriminación o restricción encubierta se basaba en motivos de conservación, o se explican por ellos, y por último si existían medidas alternativas compatibles con las normas de la OMC, antes de concluir que si China cumplió con lo dispuesto en la parte introductoria del artículo XX¹¹⁷⁶.

De acuerdo con lo antes visto, el control de proporcionalidad cuenta con distintas intensidades tanto en el control más deferente como en el control menos deferentes. Si bien no es posible determinar con total certitud el alcance del control de proporcionalidad, en los casos en los que se aplica de forma implícita, puesto que el OSD no siempre presenta con detalle el análisis realizado para llegar a sus conclusiones, también lo es que, en la mayoría de ocasiones se concluyó que la medida estatal de restricción al comercio incumplió con los apartes del artículo XX del GATT analizados y, por tanto, se llevó a cabo un control jurisdiccional menos restrictivo.

¹¹⁷³ Párrafo 7.1044.

¹¹⁷⁴ Párrafo 7.1045.

¹¹⁷⁵ Párrafo 7.959.

¹¹⁷⁶ Párrafo 7.953.

Conclusiones del capítulo

De acuerdo con lo antes visto, en el derecho público, interno e internacional, existen distintas aproximaciones en el análisis de los niveles de intensidad con los que se hace el control jurisdiccional de las medidas estatales. En el derecho de la OMC, el control jurisdiccional del OSD es, en principio, deferente con la autonomía regulatoria de los Estados y debe respetar el nivel adecuado de protección que haya elegido cada Estado Miembro. Sin embargo, en aras de encontrar un equilibrio entre las diferentes obligaciones de los Miembros con la OMC, el OSD puede entrar a verificar la apreciación fáctico-jurídica de la decisión estatal o hacer una evaluación, por primera vez, del cumplimiento de lo establecido por los Acuerdos Marco, en cuyo caso cuenta con un mayor margen de apreciación jurisdiccional. Si bien, el estándar de revisión del OSD se basa en lo establecido en el artículo 11 y 19.2 del ESD y el artículo 17.6 del Acuerdo Antidumping, el OSD ha aplicado distintos niveles de intensidad en su control, de manera que para la doctrina, actualmente, no existen lineamientos generales respecto de los estándares de revisión del OSD.

Lo anterior también se advierte en la aplicación del estándar de proporcionalidad, puesto que, actualmente, se encuentra una variedad de intensidades en el control de proporcionalidad. Si bien no encontramos una ponderación directa, es decir, la aplicación del principio de proporcionalidad como fuente directa y autónoma en la solución de la diferencia, encontramos la implementación del estándar de proporcionalidad, en sus diferentes formas y contenidos, en medio del control de legalidad que hace el OSD respecto de los Acuerdos Marco. De hecho, la práctica reciente del OSD nos muestra que el estándar de proporcionalidad ha sido utilizado en el estudio de los derechos antidumping y subvenciones específicas, en la suspensión de obligaciones, como medida de retaliación, a la luz del artículo 22.6 del ESD; en el control de ciertas disposiciones de los Acuerdos MSFS y OTC; y en el análisis de las excepciones generales, contempladas en el artículo XX del GATT y el artículo XIV del AGCS.

Así mismo, los niveles de intensidad con los que ha sido aplicada la proporcionalidad son variados. La evaluación sobre los niveles de intensidad del control de proporcionalidad es una tarea que debe continuar haciéndose, debido a la variedad de criterios que pueden ser tenidos en cuenta y, por tanto, la variedad de resultados que puede arrojar. De hecho, el uso de

la proporcionalidad negativa y la declaratoria de conformidad con los Acuerdos, pueden ser un indicador de la baja intensidad. Por el contrario, el análisis a partir de la proporcionalidad positiva y la declaratoria de inconformidad son indicadores de un nivel más extenso. Así mismo, las explicaciones y justificaciones presentadas en la parte motiva, permiten hacer una evaluación más certera respecto del nivel de intensidad con la que se llevó a cabo el control, en este caso, de proporcionalidad. De manera que, en los casos en los que la motivación no es muy detallada, no es posible advertir la intensidad del control de proporcionalidad con suficiente claridad, especialmente respecto de las materias en las que el OSD en otras ocasiones ha ingresado el estándar de manera implícita. Igualmente, la división entre proporcionalidad explícita e implícita no nos permiten hacer una evaluación generalizada sobre el nivel de intensidad con el que actualmente es aplicado el estándar de proporcionalidad.

Sin embargo, es posible advertir que, en unos casos estamos ante un control más deferente que en otros. Es decir que, más allá de si se motiva correctamente o no, la noción de proporcionalidad está presente pero limitada al examen de una medida estatal que ha contado con una investigación y procedimientos previos, de manera que en estos casos el control va de lo mínimo a lo normal, siguiendo los niveles de intensidad aplicados en el derecho público francés¹¹⁷⁷. Así mismo, en otros casos, sin pretender aumentar o disminuir los derechos y obligaciones establecidas en los Acuerdos Marco, el OSD hace un escrutinio más intenso, especialmente cuando, por primera vez, debe analizar la conformidad de la medida estatal con las disposiciones de los Acuerdos. La anterior división, presenta matices, lo que reafirma el carácter concretizable del estándar y principio de proporcionalidad. Para ANDENAS y ZLEPTING:

“The intensity of review strongly impacts on the court’s assessment of the compliance of the reviewed measure with the substantive treaty requirements. It is this matrix-type relationship between substantive and procedural standards which governs the application of the principle of proportionality and similar tests in the judicial process”¹¹⁷⁸.

La proporcionalidad permite evaluar hasta donde puede ir el poder regulatorio de un Estado en relación con otros Estados, en sus relaciones de comercio internacional, bien sea, en medio del proceso interpretativo de los Acuerdos Marco, y su aplicación explícita se haga, en la mayoría de las veces, desde el análisis de la desproporción. El estándar de

¹¹⁷⁷ Ver introducción, *supra*.

¹¹⁷⁸ ANDENAS & ZLEPTING, *op.cit.*, p. 396.

proporcionalidad ha adquirido un lugar que si bien sigue estando limitado, nos muestra un constante movimiento en su implementación. Lo que, a futuro, podría llevar a un desarrollo del estándar o incluso del principio de proporcionalidad, con mayor profundidad y consistencia.

Capítulo 6. Los niveles de intensidad en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado

Los tribunales de arbitraje internacional de inversiones con el Estado no siempre cuentan con parámetros estandarizados para llevar a cabo el control de las decisiones estatales¹¹⁷⁹. De hecho, los TBI generalmente no advierten el nivel de intensidad con el que debe hacerse el análisis de la medida estatal atacada, con lo cual, cada tribunal de arbitraje definirá la intensidad en el escrutinio de las decisiones puestas a su conocimiento, es decir caso a caso.

En vista que, el control de la medida estatal, por parte de los TAIIE, se hace en medio del proceso de interpretación de la norma convencional, entre más claro y detallado se presente el método de análisis, más fácil será la identificación del nivel de intensidad con el que se apreció la medida estatal. Así mismo, podría pensarse que, la intensidad en el control de la medida estatal sólo debería analizarse con base en la parte dispositiva del laudo arbitral. No obstante, « *le processus qui conduit à la décision et donc au dispositif n'est pas toujours lié à la motivation formelle qui le justifie. Celle-ci peut être rédigée après coup, et remplit une fonction de justification qui ne décrit pas nécessairement les motifs concrets qui ont guidé la majorité des juges* »¹¹⁸⁰. Además, el razonamiento contenido en la parte motiva del laudo puede llevar a un resultado distinto si se aplica en un caso posterior, con lo cual, las explicaciones y justificaciones contenidas en el laudo deben tenerse en cuenta en el estudio de los niveles de intensidad con los que se ha revisado la decisión estatal. Es decir que, dentro del análisis no sólo debe tenerse en cuenta el resultado de la decisión, sino también los motivos contenidos en ella.

Cabe agregar que, la doctrina se refiere a los niveles de intensidad, en la aplicación del principio o estándar de proporcionalidad explícito, en ningún caso, en la aplicación implícita del mismo. Además, debido al carácter mutable de la proporcionalidad, los tribunales pueden

¹¹⁷⁹ VADI, Valentina; GRUSZCZY, Lukasz. « Standards of Review in International Investment Law and Arbitration: Multilevel Governance and the Commonweal », in *Journal of International Economic Law*, vol. 16, No. 3, 2013, pp. 613–633, p. 614.

¹¹⁸⁰ COMBACAU, Jean ; SUR, Serge. *Droit international public*, 8e éd., Domat, Paris, Montchrestien, 2008, 896 p., p. 77.

llegar al mismo nivel de intensidad, abordando contenidos distintos de proporcionalidad. Por ejemplo, en las decisiones *Tecmed* y *Occidental Petroleum*¹¹⁸¹, la proporcionalidad fue objeto de estudio expreso y según la doctrina, en ambas decisiones, se llevó a cabo un control intenso de la medida estatal. Sin embargo, encontramos dos contenidos distintos de la proporcionalidad. Mientras que en *Tecmed*, el tribunal incorporó el test de proporcionalidad aplicado por las Altas Cortes Europeas, en la decisión *Occidental Petroleum* se hace uso de la proporcionalidad, con base en su reconocimiento en el derecho interno bolivariano, así como el derecho de las contramedidas internacionales. Igualmente, se deben tener en cuenta las posibles inconsistencias o incoherencias entre la parte motiva y la parte dispositiva del laudo. Es decir, se puede anunciar un tratamiento deferente, pero la parte dispositiva terminar condenando al Estado.

En síntesis, el análisis de los niveles de intensidad de la noción explícita e implícita de proporcionalidad, implica tener en cuenta varios factores. En primer lugar, la parte dispositiva del laudo; en segundo lugar, las justificaciones contenidas en la parte motiva, es decir, el contenido de la proporcionalidad, explícita o implícita y, finalmente, la metodología, si la anuncia, con la que llevará a cabo el análisis de la decisión estatal. Con base en lo anterior, cabe preguntarse, ¿cuáles son los niveles de intensidad con los que se ha aplicado la noción de proporcionalidad, en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado?

Para dar respuesta a esta cuestión, es necesario tener en cuenta las discusiones doctrinales más pertinentes, pero más importante aún, la práctica arbitral reciente. En cuanto a la práctica decisonal reciente, de los doscientos cuarenta laudos arbitrales, incluidas las decisiones de rectificación y anulación, proferidos por los diferentes TAIIE, durante los últimos cinco años, hemos excluido del análisis los diez y ocho asuntos frente a los cuales el laudo final no es de acceso público. De los doscientos veinte y dos laudos restantes, no tendremos en cuenta los laudos en los que se ha rechazado el estudio de la proporcionalidad. Así mismo, en virtud que, no todas las decisiones han resuelto el conflicto de fondo, hemos excluido los cuarenta y un laudos que han dado por terminado el procedimiento de forma anormal, bien sea por falta de competencia, falta de jurisdicción, nulidad de todo lo actuado, bifurcaciones o desistimientos de las pretensiones, en los que además no se hace mención expresa a la proporcionalidad. En cuanto a la proporcionalidad explícita, no tendremos en cuenta los casos en los

¹¹⁸¹ Cfr. capítulo 1, *supra*.

que se aplica el principio de proporcionalidad, puesto que ya han sido objeto de análisis detallado con anterioridad¹¹⁸². En relación con la proporcionalidad implícita, recordemos que el estudio se limita a los casos en los que se resuelven disputas relacionadas con la determinación de la expropiación y la vulneración del estándar de TJE, por tratarse de escenarios en los que, en principio, encontraríamos la noción de proporcionalidad implícita¹¹⁸³.

Del anterior análisis, se desprende que control de proporcionalidad tiene variados alcances o niveles de intensidad, que dan cuenta del carácter evolutivo del estándar en el derecho de las inversiones internacionales con el Estado. Teniendo en cuenta que los niveles de intensidad no son fácilmente diferenciables, los hemos reunido en dos grupos. Por una parte, el control proporcionalidad más restrictivo (Sección 1) y por otra parte, el control de proporcionalidad menos restrictivo (Sección 2).

Sección 1. El control de proporcionalidad más restrictivo

Como es bien sabido, los tribunales de arbitraje internacional con el Estado actúan con base en el derecho aplicable de acuerdo con lo que hayan establecido las partes, previo al establecimiento del arbitraje. De hecho, los reglamentos de los diferentes centros internacionales de arbitraje en materia de inversiones internacionales con el Estado, no hacen referencia al nivel de intensidad adecuado con la que pueden llevar a cabo el control jurisdiccional de las medidas estatales.

En el uso del estándar de proporcionalidad, se pone de presente dos métodos, utilizados por los tribunales transnacionales, en el análisis de las medidas estatales, como son el margen de apreciación y el estándar de revisión. Si bien es cierto, en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado, el estudio de los tribunales pareciera limitarse a las competencias contenidas en los TBI's y en el reglamento del centro de arbitraje al que se encuentran adscritos, resulta empíricamente inevitable el uso de un margen de discrecionalidad, así sea mínimo, en el desarrollo del razonamiento arbitral.

¹¹⁸² Ver capítulo 4, *supra*.

¹¹⁸³ Todos laudos arbitrales se encuentran disponibles en las bases de datos: www.italaw.com y www.jusmundi.com

En efecto, con el fin de evitar abusos en el desarrollo de la discrecionalidad jurisdiccional, el TEDH desarrolló la doctrina del ‘margen de apreciación’ que es aplicada en otros ámbitos jurídicos y cuya aplicación en el arbitraje internacional de inversiones ha generado controversia. En términos generales, « *la marge d'appréciation est un procédé initialement développé dans la jurisprudence de la CEDH, qui consiste en l'octroi d'une certaine marge de manœuvre aux États dans l'appréciation de leurs obligations en vertu de la Convention* »¹¹⁸⁴. De hecho, « *la ‘marge d'appréciation’ dérive du constat selon lequel les autorités nationales sont parfois mieux placées pour juger de la manière de remplir leurs obligations découlant de la Convention* »¹¹⁸⁵.

Esta doctrina ha sido aplicada por los Tribunales Europeos, como método para determinar la intensidad en el control de proporcionalidad¹¹⁸⁶. Es decir que, la intensidad en el control de proporcionalidad se traduce en la profundidad de intervención sobre el margen nacional de apreciación. Por una parte, el TEDH hace uso de la doctrina del ‘margen nacional de apreciación’ en relación con las decisiones estatales que afectan los derechos de la Convención. Si bien es cierto que, « *la démarche empreintée par la Cour EDH n'est pas uniformisée et il est difficile d'anticiper quels seront les critères de proportionnalité qu'elle mettra en avant dans une affaire* »¹¹⁸⁷, la determinación de intensidad del control de proporcionalidad dependerá del derecho analizado y su contexto. “En ese sentido, se podría afirmar que si los derechos en cuestión son civiles o políticos existirá un control estricto del margen nacional de apreciación, mientras que si es de naturaleza social, económica o cultural el control judicial internacional será laxo, por la libertad de configuración estatal y la palpable ausencia de consenso interestatal”¹¹⁸⁸.

¹¹⁸⁴ CONWAY, Emilie. « De quelques apports de la doctrine de la marge d'appréciation à l'interprétation de l'exception de moralité publique en droit de l'organisation mondiale du commerce (OMC) ». *Cahiers de Droit*, vol. 54, no. 4, 2013, pp. 731-780, p.765.

¹¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 766.

¹¹⁸⁶ También ha sido aplicada por otros Tribunales en el uso del control de proporcionalidad, por ejemplo el TIDH. Al respecto, ver, entre otros : LEGG, Andrew. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*. Oxford, Oxford University Press, 2012, 232 p.

¹¹⁸⁷ RACHO, Le système européen de protection des droits fondamentaux, op.cit. p. 399.

¹¹⁸⁸ BARBOSA, Francisco. “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”. *Revista Derecho del Estado* n.º 26, enero-junio de 2011, pp. 107-135, p. 117. Ver también. TEDH, decisión del 23 de octubre del 1997, en el asunto “National and Provincial Building Society y otros c. Reino- Unido” del, Recopilación 1997-vii, párrafo 80, disponible en: https://www.ucc.ie/academic/law/restitution/archive/echrcases/nat_prov.htm

Por otra parte, el TJUE lleva a cabo un control de proporcionalidad que varía en función del origen de la norma. Si se trata de medidas europeas, hay una menor intensidad en el control de proporcionalidad. Así lo manifestó el Alto Tribunal, en una decisión relacionada con la agudeza visual para conducir vehículos : « *le législateur de l'Union dispose d'un large pouvoir d'appréciation et le contrôle de la Cour doit se limiter à examiner si l'exercice de ce pouvoir d'appréciation n'est pas entaché d'une erreur manifeste ou d'un détournement de pouvoir ou encore si ledit législateur n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation* »¹¹⁸⁹. De manera que, el control se limita a censurar la desproporción, bajo la forma del ‘error manifiesto de apreciación’ o ‘desviación de poder’. En cambio, si se cuestiona una medida estatal, el TJUE ha realizado controles de proporcionalidad con mayor frecuencia e intensidad, variando desde el control de la adecuación de la medida hasta la proporcionalidad *stricto sensu*¹¹⁹⁰.

La aplicación de esta doctrina, en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado no ha sido pacífica. Si bien para algunos autores “*the margin of appreciation provides the most appropriate basis for investment tribunals’ review of host state measures where the dispute engages public law issues*”¹¹⁹¹, también es cierto que, ni el texto, ni los objetos, ni los propósitos de la mayoría de TBI’s justifican la aplicación del concepto de margen de apreciación, en los arbitrajes de inversión con el Estado. « *On the contrary, as the weight of authority has concluded, the text, objects and purposes of virtually all provisions of investment treaties preclude application of the ECHR's margin of appreciation concept and instead support the objective assessment of whether the respondent state has complied with its international obligations* »¹¹⁹².

¹¹⁸⁹ CJUE. Decisión del 22 de mayo de 2014, en el asunto *Glatzel*. No. C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350, punto 52. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152650&doclang=FR>

¹¹⁹⁰ RACHO, *loc.cit.*, p. 408.

¹¹⁹¹ Ver, entre otros: VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford. Oxford University Press, 2007, 214 p., páginas 144 a 145; CHOUDHURY, Barnali. « Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration’s Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit? ». *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 41, 2008, pp. 775-832, p. 827; SCHILL. *The Multilateralization of International Investment Law*. Oxford. Oxford University Press, 2009, 490 p., p. 375 a 376. BURKE-WHITE, William W. & VON STADEN Andreas. « Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations ». *Yale Journal of International Law*, vol. 35, 2010, pp. 283-346, p. 329. BURKE-WHITE, William W. & VON STADEN Andreas « The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations », in SCHILL, Stephan (Éd). *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford. Oxford University Press, 2010, 836 p., p. 689.

¹¹⁹² BORN, Gary, et al. « A Margin of Appreciation: Appreciating Its Irrelevance in International Law ». *Harvard International Law Journal*, vol. 61, no. 1, 2020, pp. 65-134, p. 133.

Al lado de las discusiones sobre el uso del margen de apreciación, encontramos los debates respecto del estándar de revisión, en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado.

El estándar de revisión « *can be defined as the degree of intensity of review or the degree of deference that an international adjudicator grants to national decision-makers* »¹¹⁹³. Se le han atribuido varias funciones, tales como, la “*allocation of decision-making power; efficient utilization of limited resources; maintaining legitimacy in adjudicating policy choices and conflicting values by determining the proper roles of the adjudicators*»¹¹⁹⁴. Sin embargo, el uso del estándar de revisión, al igual que en la práctica del OSD de la OMC, no cuenta con lineamientos claramente establecidos, en la práctica arbitral de los TAIIE. “*Investment tribunals have not yet developed a coherent standard of review to apply to disputes engaging the exercise of public power, many tribunals (including those hearing expropriation claims) have tended to adopt a standard of review more appropriate to commercial arbitration*”¹¹⁹⁵.

La falta de claridad práctica y teórica, respecto del estándar de revisión, ha generado inquietudes. “*Far from being a purely theoretical matter, identifying the appropriate standards of review in investment treaty arbitration touches the heart of international investment arbitration as a legitimate, efficient and effective international dispute-settlement mechanism*”¹¹⁹⁶. Incluso, en cuanto al uso de la proporcionalidad, tampoco existe claridad sobre el adecuado estándar de revisión. “*the relationship between proportionality analysis and the standard of review with respect to proportionality analysis’ discrete stages of review (...) is yet to be fully articulated in the context of investment treaty arbitration*”¹¹⁹⁷.

¹¹⁹³ VADI, Valentina; GRUSZCZY, Lukasz. « Standards of Review in International Investment Law and Arbitration: Multilevel Governance and the Commonweal ». *Journal of International Economic Law*, vol. 16, No. 3, pp. 613–633, p. 614.

¹¹⁹⁴ CHEN, Tsai-fang. « The Standard of Review and the Roles of ICSID Arbitral Tribunal Investor-State Dispute Settlement ». *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 5, no. 1, May 2012, pp. 23-44, ver páginas 28 a 31.

¹¹⁹⁵ HENCKELS, Caroline. « Indirect expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration ». *Journal of International Economic Law*, vol. 15, no. 1, pp. 223–255, p. 238 a 239.

¹¹⁹⁶ VADI, Valentina. *Proportionality, Reasonableness and Standards of Review in International Investment Law and Arbitration*. Elgar International Investment Law series; Elgar Online, 2018, 352 p., p. 350. E-book disponible sur la page web: https://www.elgaronline.com/view/9781785368578/17_conclusions.xhtml.

¹¹⁹⁷ HENCKELS, Caroline, *loc.cit.* nota 23, p. 241.

A pesar de la poca claridad doctrinal sobre el margen de apreciación y el estándar de revisión, pareciera existir consenso en que, el bajo nivel de intensidad en el control jurisdiccional, especialmente el más restrictivo, es un nivel de revisión deferente, en relación con la decisión tomada por el Estado. Pues bien, con base en la práctica arbitral reciente, el uso de la proporcionalidad, varía entre, por una parte, aproximaciones en las que se hace alusión a un estudio deferente, incluso se hace referencia expresa al margen de apreciación (§1). Por otra parte, asuntos en los que, la proporcionalidad es utilizada pero el tipo de razonamiento desplegado limita sus alcances (§2) y en otros casos, se va un poco más lejos, puesto que hace un análisis del fin público perseguido, que se acerca a un estudio de la adecuación de la medida o la proporcionalidad cualitativa, pero con algunas particularidades que mantienen el análisis en el nivel de intensidad más restrictivo (§3).

§1- La deferencia como método de revisión de la medida estatal

La deferencia parece ser el elemento común entre el margen de apreciación y el estándar de revisión. *“Both, the standard of review and/or margin of appreciation are examples of such methodological devices. International courts use them, implicitly or explicitly, as tools to determine the degree of deference that is granted to States in their implementation of international legal obligations”*¹¹⁹⁸. Si bien el grado de deferencia apropiado en la revisión de las medidas estatales no ha sido claramente definido, *“arbitral jurisprudence is unsettled on how to conceptualize deference, on what degree of deference to accord when reviewing host state conduct, and on the factors that should influence the appropriate standard of review”*¹¹⁹⁹; la deferencia ha sido apoyada por la doctrina, en el uso de la proporcionalidad. *“Proportionality analysis is a malleable form of review: a deferential standard of review may be used to dull its intrusive edges”*¹²⁰⁰.

De hecho, se plantean dudas respecto a la conveniencia del análisis de proporcionalidad, apoyando su aplicación siempre que se haga un análisis deferente (A). Ese apoyo doctrinal concuerda con la aproximación deferente que actualmente han asumido los TAIIE, en algunos

¹¹⁹⁸ GRUSZCZYNSKI Lukasz & WERNER Wouter (éds), *Deference in international courts and tribunals: standard of review and margin of appreciation*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 464 p., p. 1.

¹¹⁹⁹ SCHILL, Stefan. « Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-conceptualizing the Standard of Review through Comparative Public Law », in *SIEL*, Working Paper No 33, 2012, pp. 1-29, p. 9.

¹²⁰⁰ HENCKELS, Caroline, *loc.cit.* nota 23, p. 239.

laudos que, al mismo tiempo se aplica la proporcionalidad de manera explícita e implícita y se aborda la deferencia/margen de apreciación (B).

A. La doctrina apoya un acercamiento deferente en el análisis de la proporcionalidad

Uno de los principios del derecho internacional económico que cobra especial importancia en la solución de diferencias se refiere al respeto por la soberanía de los Estados, es decir que, « *les États demeurent maîtres de régler et de contrôler les activités économiques menées sur leur territoire* »¹²⁰¹. Eso se traduce en que, la solución de diferencias deberá realizarse con la deferencia debida a la actividad o poder regulador. Ante esto, una oleada de comentaristas han sugerido que se haga uso de la deferencia, como el método más apropiado para el control de las medidas estatales. Bien sea porque de esta manera se aporta a la legitimidad de la justificación decisional¹²⁰², o bien porque se respeta el poder regulatorio de los Estados, en tanto que principales determinantes del interés público¹²⁰³. De hecho, la deferencia sugiere que los tribunales deberían abstenerse de cuestionar la importancia del objetivo o el nivel deseado de protección o realización del mismo¹²⁰⁴.

Pareciera que no está clara la relación entre la deferencia y la proporcionalidad, en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado. « *Given that proportionality is not self-enforcing (...) whether deference or restraint ought to be exercised in the review of the original decision, (...) it is entirely unclear how those gaps might be filled (...) (under the investment treaties to which states have generally agreed)* »¹²⁰⁵.

¹²⁰¹ DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias & PELLET Alain, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8ème édition, 2009, 1709 p., p. 1158.

¹²⁰² Para LEONHARDSEN: “*when proportionality analysis is conducted in conjunction with judicial deference to the state under scrutiny, this effect is increased*”. LEONHARDSEN, Erlend M., “Looking for Legitimacy: Exploring Proportionality Analysis in Investment Treaty Arbitration”. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3, No. 1, 2012, pp. 95–136 p., p. 112.

¹²⁰³ VON STADEN, Andreas. « The Democratic Legitimacy of Judicial Review Beyond the State: Normative Subsidiarity and Judicial Standards of Review ». *I•CON 10*, 2012. Vol. 10. No. 4, pp. 1023–1049, p. 1034.

¹²⁰⁴ VAN HARTEN, *op.cit.* nota 19, p. 144.

¹²⁰⁵ *Ibidem*, p. 178.

Ahora bien, el uso de proporcionalidad no necesariamente conlleva a una falta de deferencia en relación con la decisión tomada por el Estado. Tal como hemos visto, la proporcionalidad es un mecanismo neutro y con grandes beneficios para la coherencia y justificación racional de las decisiones¹²⁰⁶. Entonces, el nivel de intensidad con el que se lleve a cabo el control de proporcionalidad dependerá del uso que, del estándar hagan los órganos jurisdiccionales.

Por esta razón, algunos autores, a favor del uso de la proporcionalidad, prononan, el uso de la proporcionalidad con deferencia, en el área de las inversiones internacionales con el Estado. De hecho, la deferencia es recomendada en la revisión jurisdiccional de las decisiones estatales en materia de inversiones internacionales con el Estado. « *Such an approach is highly desirable in terms of transparency and predictability in adjudication. It may also improve host states' decision-making processes to the extent that authorities will be able to anticipate areas of higher scrutiny and ensure that their decisions are particularly robust* »¹²⁰⁷.

Así mismo, el uso de la proporcionalidad puede realizarse con base en la deferencia hacia los Estados. Para HENCKELS:

*“Investment tribunals should apply a standard of review in proportionality analysis that reflects their role as international adjudicators of disputes engaging matters of public law and should, cognizant of rationales for deference at varying stages of proportionality analysis, be deferential in their assessment of matters that are more appropriately the province of national decision-makers. This approach should be manifested by a deferential approach to whether a measure's objective falls within the host state's police powers, according to appropriate weight to the host state's assessment of the suitability and necessity of the measure, and refraining from finding that the criterion of strict proportionality has not been met unless the measure causes manifest imbalance between the interests of the investor and the host state”*¹²⁰⁸.

¹²⁰⁶ Cfr., capítulos 3 y 4, *supra*.

¹²⁰⁷ HENCKELS, Caroline. « Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration ». *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 4, No. 1, 2013, pp. 197-215, p. 214 a 215.

¹²⁰⁸ HENCKELS Caroline, « Indirect Expropriation and the Right to Regulate : Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration », in *Journal of International Economic Law*, 2012, vol. 15, n°1, pp. 223-255, p. 255.

La deferencia, en relación con el uso de la proporcionalidad, permite tener en cuenta la proximidad que las autoridades estatales han tenido a la situación fáctico-jurídica específica, como son el acceso completo e intermediación de la prueba¹²⁰⁹.

Así las cosas, la doctrina pareciera estar de acuerdo con el tratamiento deferente en el uso de la noción de proporcionalidad. Sin embargo, “*while there is general agreement that judicial deference plays a part in testing for proportionality, there is much uncertainty as to what exactly that part is*»¹²¹⁰. De manera que, será necesario tener en cuenta la forma en la que los laudos arbitrales aplican la noción de proporcionalidad, desde un nivel deferente.

B. La práctica actual deferente y la noción de proporcionalidad

El primer escalón en la intensidad del análisis de proporcionalidad es la baja intensidad o el nivel deferente. En los casos en los que se hace alusión a la deferencia en el estándar de control y, al mismo tiempo, se aplica la proporcionalidad en su versión explícita o implícita, se está ante un bajo nivel más restrictivo tanto en el control de la medida estatal como en el uso de la proporcionalidad (1). Así mismo, encontramos algunos casos en los que, a pesar del alcance que inicialmente pareciera obtener la proporcionalidad, se hace uso del margen de apreciación de forma explícita, limitando de esta manera la intensidad con la que es utilizada (2). En ambos casos, la limitada presentación de explicaciones y justificaciones, limita la intensidad en el análisis de proporcionalidad.

1. La deferencia explícita e implícita

En la decisión *Koch Minerals v Venezuela*¹²¹¹, el demandante alegó que las medidas creadas por Venezuela, en materia de seguridad alimentaria, constituyeron una expropiación indirecta respecto de sus inversiones. El Tribunal comenzó su razonamiento reconociendo que

¹²⁰⁹ ELLIOTT Mark, “Proportionality and Deference: The Importance of a Structured Approach”, in FORSYTH Christopher, et al. (Éd.). *Effective Judicial Review: A Cornerstone of Good Governance*. University Press, Oxford. 2010; ver páginas 264 a 268. KAVANAGH Aileen, Deference or Defiance? “The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication”, en: HUSCROFT Grant, (éd), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*, Cambridge, University Press, 2008. page?

¹²¹⁰ RIVERS, Julian, *op.cit.* nota 9, p. 176.

¹²¹¹ ICSID. Laudo del 30 de octubre de 2017, en el asunto *Koch Minerals SÁRL y otro v The Bolivarian Republic of Venezuela*. No. ARB/11/19

la proporcionalidad es un elemento que ha sido tenido en cuenta dentro del análisis de la expropiación indirecta. Al respecto, citó la decisión *Philip Morris v. Uruguay*, así:

*“As indicated by earlier investment treaty decisions, in order for a State’s action in exercise of regulatory powers not to constitute indirect expropriation, the action has to comply with certain conditions. Among those most commonly mentioned are that the action must be taken bona fide for the purpose of protecting the public welfare, [and] must be non-discriminatory and proportionate.”*¹²¹²

Párrafo seguido, citó laudos anteriores que reafirmaban la deferencia que los Tribunales internacionales deben tener hacia las decisiones estatales¹²¹³ y arguyó que:

*« The Tribunal accepts this general statement as forming the highwater mark of a ‘jurisprudence constante’ on deference. In this case, the Tribunal prefers a lower tide. Motives are not wholly irrelevant and can be important in determining whether the act of a State was unlawful. Whilst it is inappropriate to second-guess a State’s decision-making processes, for example as to issues of public interest, it is appropriate to consider whether such processes took at the relevant time any account of such issues »*¹²¹⁴.

Luego, se adentró en el análisis del acervo probatorio, sin dar mayores luces respecto a la deferencia debida en el caso concreto, ni tampoco mayores explicaciones respecto de la noción de proporcionalidad, además de la cita, ya mencionada, respecto de la decisión *Philip Morris v. Uruguay*. De manera que, ni el uso de la proporcionalidad ni el de la deferencia han sido desarrollados en medio del razonamiento arbitral. Si bien, no hay un análisis expreso de la proporcionalidad y la intensidad en el control fue bastante baja, se hace un reconocimiento a la proporcionalidad, como un elemento de análisis de la expropiación indirecta.

Otro ejemplo, lo encontramos en la decisión *Glencore v Colombia*¹²¹⁵. En esta decisión se hizo mención expresa de la ponderación de los intereses en conflicto, en medio del estudio del estándar de TJE, así:

« In evaluating the State’s conduct, the Tribunal must balance the investor’s right to be protected from improper state conduct against other legally relevant interests and counter-

¹²¹² Párrafo 7.19.

¹²¹³ El Tribunal cita apartes de las decisiones *Lemire v. Ukraine*; *Saluka y Kardassopolous v. Georgia* y *Liamco v. Libya*, en las que se reafirma la idea de la deferencia hacia las medidas estatales, en relación con los motivos que llevaron a tomar decisiones, que resultaron expropiatorias a los intereses de los inversionistas internacionales. Ver párrafos 7.20 a 7.22.

¹²¹⁴ Párrafo 7.22.

¹²¹⁵ CIADI. Laudo del 27 de agosto de 2019, en el asunto *Glencore International A.G. And C.I. Prodeco S.A. v Republic Of Colombia*. No. ARB/16/6

vailing factors. First among these factors is the principle that legislation and regulation are dynamic, and that (absent a treaty obligation to the contrary) States enjoy a sovereign right to amend their laws and regulations and to adopt new ones in furtherance of public interest, the conception of which can change over time. Other countervailing factors affect the investor: it is the investor's duty to perform an appropriate pre-investment due diligence review and to observe a proper conduct both before and during the investment »¹²¹⁶.

Sin embargo, advierte que hará un estudio deferente, así:

« Investment arbitration tribunals are not called to adjudicate appeals against measures adopted by States or their agencies. Their task is to establish whether the state's conduct vis-à-vis protected foreign investors is tainted by prejudice, preference or bias or is so totally incompatible with reason that it constitutes an international wrong »¹²¹⁷. « The Tribunal, by majority, also agrees with the Republic that satisfying the standard is more difficult when it comes to reviewing regulatory or control measures, because States, and especially supervisory agencies, should enjoy deference. Supervisors are frequently required to take decision in short timeframes, making complex assessments of countervailing interests. Arbitral tribunals, sitting comfortably in the future, with full knowledge of the supervening events, must take the individual circumstances of each decision into consideration and avoid the temptation of using hindsight as the basis for assessing reasonableness »¹²¹⁸.

Esa aproximación deferente coincide con la ausencia del desarrollo de ese 'balance' anunciado al inicio del razonamiento, respecto del estándar de TJE. De manera que, el alcance que habría podido tener la proporcionalidad *stricto sensu* es restringida.

En la decisión *OAO Tatneft v Ukraine*¹²¹⁹, llama la atención que, el Tribunal dedicó ocho párrafos para aclarar la deferencia con la que deben tratarse el 'standard of review'. Comenzó advirtiéndolo que: "The Tribunal is mindful that in examining judicial conduct as engaging the State's liability for the breach of an international obligation there are limits to be observed. The Tribunal is not an appellate court. Its powers are confined to the finding of whether certain conduct amounts to a breach of an international obligation and, if so, what are its consequences and remedies"¹²²⁰.

¹²¹⁶ Párrafo 1311.

¹²¹⁷ Párrafo 1457

¹²¹⁸ Párrafo 1458.

¹²¹⁹ CPA. Laudo bajo las reglas CNUDMI de 1976, de fecha 29 de julio de 2014. *OAO Tatneft v. Ukraine*. No. 2008-8.

¹²²⁰ Párrafo 474.

También aclaró que, “*international tribunals ought to be deferential to domestic courts is a generally accepted proposition which this Tribunal readily accepts. (...)*”¹²²¹. Luego de revisar el estándar de revisión en laudos anteriores, concluyó que, “*deference cannot stand in the way of safeguarding treaty standards of protection, and where total deprivation of the Claimant’s capital contributions and of its corresponding shares and rights has been the result of the process, deference in no way precludes a finding of liability*”¹²²².

En cuanto al uso de la noción de proporcionalidad, el tribunal consideró que, el estudio de la razonabilidad y de la proporcionalidad son criterios de análisis, dentro de la determinación de una expropiación indirecta, tal como se advierte en el laudo *Occidental Petroleum*¹²²³. Sin entrar a analizar con más detalle la proporcionalidad, toma como base lo probado en el procedimiento, decidiendo que, en el caso bajo estudio no se está ante una expropiación indirecta. De manera que, los tribunales no descartan la revisión de la medida estatal pero si se acogen a un bajo nivel de intensidad, expresado en el tratamiento deferente y en la poca explicación o justificación en el uso de la proporcionalidad explícita.

También encontramos que, el uso de la noción de proporcionalidad implícita se encuentra limitado por la aproximación deferente que el tribunal de arbitraje ha decidido abordar en sus análisis. Por ejemplo, en la decisión *Crystallex International Corporation vs República Bolivariana de Venezuela*¹²²⁴, las partes aludieron al principio de proporcionalidad como parte del análisis que debería llevar a cabo el tribunal de arbitraje. Luego de determinar que, en el caso bajo estudio, se habían vulnerado las expectativas legítimas del inversionista, el tribunal decidió analizar la arbitrariedad, falta de coherencia y transparencia en el tratamiento del Estado anfitrión hacia el inversionista, partiendo de lo siguiente:

“(...) si bien el Tribunal se abstendrá de sacar conclusiones en cuanto a si las inquietudes expresadas por el Ministerio fueron o no “adecuadamente” abordadas por la Demandante, o si las razones planteadas por la Demandada al momento de denegar el Permiso eran válidas desde un punto de vista sustantivo, el Tribunal, en su revisión de la conducta del gobierno, evaluará si ha habido defectos procesales graves que derivaron en la denegación arbitraria del Permiso o en el trato no transparente o incoherente del inversor a lo largo del proceso y con posterioridad a él. El Tribunal examina la to-

¹²²¹ Párrafo 475.

¹²²² Párrafo 480.

¹²²³ Párrafo 461.

¹²²⁴ CIADI, laudo del 19 de Diciembre de 2016. No. ARB(AF)/11/2.

talidad del proceso entre Crystallex y las autoridades venezolanas con este estándar de revisión en mente”¹²²⁵.

En medio del análisis de la decisión acusada de vulnerar el estándar de TJE, el tribunal se concentró en los motivos de la decisión y en especial el carácter apropiado o adecuado de los mismos, en relación con la medida adoptada”¹²²⁶, de tal manera que, el tribunal analizó uno de los elementos del control de proporcionalidad, sin decirlo abiertamente, cuál es el estudio del fin perseguido, específicamente la adecuación o carácter apropiado del mismo, en relación con la medida tomada¹²²⁷. Hasta aquí, parece que el nivel de intensidad en el uso de proporcionalidad es bajo, o restringido. Además de esto, el tribunal reafirmó su posición deferente, en estos términos:

“El Tribunal considera que, en cuestiones en las que una administración y/o un ente regulador gubernamental debe adoptar decisiones de naturaleza técnica, dichas autoridades gubernamentales son los principales órganos a cargo de la toma de decisiones que han de examinar los informes presentados por el inversor solicitante y los datos científicos disponibles. En ese marco, tales autoridades gubernamentales deberían gozar de un alto grado de deferencia con motivo de su pericia y competencia (que se supone que está presente en las instituciones que deben adoptar las decisiones pertinentes) y su proximidad con la situación objeto de análisis. Al tribunal que entiende en controversias entre inversores y Estados no le corresponde cuestionar la corrección sustantiva de las razones que una administración planteara en sus decisiones ni poner en duda la importancia que la administración le atribuye a determinados objetivos de política respecto de otros”¹²²⁸.

De manera que, la intensidad en la proporcionalidad se ve afectada, puesto que, aunque pareciera que estamos ante el uso de una noción implícita, su alcance se limita por el tratamiento deferente del tribunal de arbitraje con el control de la medida estatal.

En la decisión, *Mesa Power v Canada*¹²²⁹, estamos igualmente ante un uso de la proporcionalidad implícita, a través del estudio de la adecuación del fin perseguido frente a la

¹²²⁵ Párrafo 585.

¹²²⁶ Párrafos 578 a 579.

¹²²⁷ Ver capítulo 4, *supra*.

¹²²⁸ Párrafo 583.

¹²²⁹ CPA. Laudo del 14 de marzo de 2016, en el asunto *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*. No. 2012-17. Esta decisión fue objeto de rectificación, sin embargo las materias allí tratadas no se relacionan ni con la deferencia ni con los apartes en los que hemos identificado el uso de la noción de proporcionalidad implícita. Ver: CPA. Correcciones al laudo del 14 de marzo de 2016. Caso No. 2012-17

medida estatal que supuestamente afecta los derechos el inversionista¹²³⁰. Sin embargo, decidió hacer un tratamiento deferente de la cuestión, así:

“In reviewing this alleged breach, the Tribunal must bear in mind the deference which NAFTA Chapter 11 tribunals owe a state when it comes to assessing how to regulate and manage its affairs. This deference notably applies to the decision to enter into investment agreements.²⁹⁶ As noted by the S.D. Myers tribunal, “[w]hen interpreting and applying the ‘minimum standard’, a Chapter Eleven tribunal does not have an openended mandate to second-guess government decision-making.”²⁹⁷ The tribunal in Bilcon, a case which the Claimant has cited with approval, also held that “[t]he imprudent exercise of discretion or even outright mistakes do not, as a rule, lead to a breach of the international minimum standard”¹²³¹.

En otras decisiones, en las que se hace uso de la proporcionalidad implícita, sin hacer mención expresa de la deferencia, se presentan argumentos que nos dejan ver que la revisión de la medida estatal será limitada. Por ejemplo, en la decisión *Vincent v Polonia*¹²³², en el que el tribunal hizo un análisis de la proporcionalidad cualitativa o control de la adecuación, sin decirlo abiertamente¹²³³. Sin embargo, antes de llegar a esa conclusión consideró que: *“This Tribunal is not an appeals court sitting in judgment on the decision of the tax authorities. Its task is to ascertain whether the Respondent is liable for actions of the State authorities and reviewing whether these were in breach of the Respondent’s obligations under the BIT. For this, convincing evidence has to be produced by the Claimants. That burden has not been discharged here”*¹²³⁴.

De manera que, sin decirlo abiertamente, se está ante el uso de la deferencia en el razonamiento arbitral, aplicado al estudio de la sanción tributaria hacia el inversionista. Este tratamiento deferente afectó la intensidad en el análisis de proporcionalidad implícito. Del mismo modo, en las decisiones *Cervin v Costa Rica*¹²³⁵; *Eli v Canada*¹²³⁶ y *Oxus v Uzbekistán*¹²³⁷, los tribunales afirman su imposibilidad de intensificar el estudio de la medida estatal, por respeto al poder regulatorio de los Estados.

¹²³⁰ Párrafos 502, 503, 566 y 587.

¹²³¹ Párrafo 553.

¹²³² CIADI. Laudo del 30 de octubre de 2012, en el asunto *Vincent J. Ryan, Schooner Capital LLC, and Atlantic Investment Partners LLC v. Republic of Poland*. No. ARB(AF)/11/3.

¹²³³ Párrafos 473 a 485.

¹²³⁴ Párrafo 484.

¹²³⁵ CIADI. Laudo del 7 de marzo de 2017, en el asunto *Cervin Investissements S.A. and Rhone Investissements S.A. v. Republic of Costa Rica*. No. ARB/13/2, párrafo 527.

¹²³⁶ CIADI. Laudo arbitral en el marco del capítulo 11 del NAFTA, bajo las reglas CNUDMI de 1976, del 16 de marzo de 2017, en el asunto: *Eli Lilly and company v Gouvernement of Canadá*, No. UNCT/14/2, párrafo 423.

¹²³⁷ Tribunal de arbitraje ad hoc. Laudo proferido en París, bajo las reglas CNUDMI, el 17 de diciembre de 2015, en el asunto *Oxus Gold v. The Republic of Uzbekistan*, párrafo 799.

De manera que, la deferencia explícita e implícita hace parte del razonamiento de los tribunales de arbitraje, lo que podría explicar el nivel más restringido en el uso de la proporcionalidad. El uso de la deferencia no es negativo para la proporcionalidad en la medida en que permite encontrar un equilibrio entre el poder regulatorio de los Estados y la revisión por tribunales internacionales, a la que que los mismos Estados han convenido someterse.

También encontramos casos en los que se hace referencia al margen de apreciación, lo que podría interpretarse como otra forma de tratamiento deferente en la revisión de la medida estatal, objeto de análisis doctrinal.

2. El uso del margen de apreciación

Tal como hemos mencionado con anterioridad, las discusiones en torno a la pertinencia en el uso del margen de apreciación en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado no cesan. Llama la atención que, en los laudos proferidos durante los últimos cinco años, en los que se ha hecho uso de la proporcionalidad, en sólo cuatro casos encontramos el desarrollo expreso de este método de análisis, que veremos a continuación:

En la decisión *Pezold v Zimbabwe*¹²³⁸, ante la solicitud del demandante de hacer uso del margen de apreciación, tal como ha sido desarrollado por el TEDH, el tribunal consideró que:

“As to “margin of appreciation” and the Respondent’s argument that it should be given a wide margin when determining what is in the Zimbabwean public interest, the Tribunal is of the opinion that due caution should be exercised in importing concepts from other legal regimes (in this case European human rights law) without a solid basis for doing so. Balancing competing (and non-absolute) human rights and the need to grant States a margin of appreciation when making those balancing decisions is well established in human rights law, but the Tribunal is not aware that the concept has found much support in international investment law. The Respondent has only referred the Tribunal to European human rights cases in its arguments¹²³⁹ ». « This is a very different situation from that in which margin of appreciation is usually used. Here, the Government has agreed to specific international obligations and there is no “margin of appreciation” qualification within the BITs at issue. Moreover, the margin of appreciation doctrine has not achieved customary status. Therefore the Tribunal declines to apply this doctrine¹²⁴⁰ ».

¹²³⁸ CIADI, laudo del 28 de julio de 2015, en el asunto: *Bernhard Friedrich arnd Rüdiger von Pezold y otros v. Republic of Zimbabwe*, No. ARB/10/15.

¹²³⁹ Párrafo 465.

¹²⁴⁰ Párrafo 466.

Así mismo, rechazó el uso del margen de apreciación y de la proporcionalidad, en estos términos:

« In any case, the Claimants have noted that neither the “margin of appreciation” nor the proportionality doctrine can be used to justify illegal conduct, such as a breach of an obligation erga omnes, by engaging in racial discrimination. As discussed below, there is ample evidence that the Claimants were targeted in the present case on the basis of skin colour¹²⁴¹ ». « Accordingly, the Respondent’s arguments relating to margin of appreciation are also dismissed¹²⁴²».

En el asunto *Electrabel v Hungría*¹²⁴³. La disputa se concentró en la supuesta expropiación indirecta a los derechos del inversionista, así como la vulneración del estándar de TJE por parte de Hungría, con ocasión de la terminación del contrato de suministro de energía suscrito con el demandante. En efecto, la ‘*Termination of the Agreement, -PPA*’, hacía parte de un plan legislativo para la alineación de la electricidad en Hungría. Como parte de ese plan, el demandante recibió, en diciembre de 2010, una indemnización por los daños causados, pero según Electrabel, no se incluyeron algunos costos, con lo cual, Hungría actuó de forma “*unjust, arbitrary, abusive, inconsistent and disproportionate*”¹²⁴⁴. El Tribunal hizo referencia expresa a la proporcionalidad debida entre la medida y objetivo público perseguido, dentro del ‘*standard for arbitrariness*’¹²⁴⁵. Justo después del párrafo anterior, el Tribunal analizó el ‘*Scope of Discretion*’¹²⁴⁶, en el que tuvo en cuenta la ponderación de intereses que llevó a cabo Hungría, frente a la compensación de derechos a Electrabel. En efecto, para el Tribunal:

“(…) a State has a wide scope of discretion to determine the exact contours of the measure. That requires a balancing or weighing exercise so as to ensure that the effects of the intended measure remain proportionate in regard to the affected rights and interests. Provided that there is an appropriate correlation between the policy sought by the State and the measure, the decision by a State may be reasonable under the ECT’s FET standard even if others can disagree with that decision. A State can thus be mistaken without being unreasonable »¹²⁴⁷.

¹²⁴¹ Párrafo 467.

¹²⁴² Párrafo 468.

¹²⁴³ CIADI, laudo del 25 de Noviembre de 2015, en el asunto: *Electrabel s.a. c. Hungary*, No. ARB/07/19

¹²⁴⁴ Párrafo 124.

¹²⁴⁵ Ver capítulo 3, *supra*.

¹²⁴⁶ Párrafo 180 a 220.

¹²⁴⁷ Párrafo 180.

Simplificando las consideraciones del Tribunal, observamos que, en primer lugar, el Tribunal tuvo en cuenta el contexto político en el que Hungría tomó las decisiones¹²⁴⁸. Luego, verificó que Hungría hizo un juicio de balance entre los intereses del demandante y los objetivos públicos perseguidos por el Estado¹²⁴⁹. También, mostró los límites de Hungría en el uso de su discrecionalidad, de cara a las imposiciones legalmente establecidas¹²⁵⁰, concluyendo que: “*the Tribunal finds that Hungary’s exercise of its discretion was reasonable and proportionate*”¹²⁵¹.

Si bien podría pensarse que, al realizar un estudio del ‘balancing’ llevado a cabo por el Estado anfitrión, estamos ante un control intenso, el tribunal anunció el respeto por la discrecionalidad con la que se tomó la decisión, y además advirtió que Hungría estaba investida de un modesto margen de apreciación, en relación con su decisión estatal¹²⁵².

Sin embargo, quedan dudas respecto del alcance de ese margen de apreciación, para la resolución del caso bajo estudio. “*The most that can be said is that the Electrabel tribunal apparently, but unnecessarily, referred to a margin of appreciation, without explaining the basis, the content or the importance of this concept*”¹²⁵³. De hecho, el tribunal no explicó el fundamento de su aplicación del margen de apreciación ‘modesto’. “*The most that can be said is that the Electrabel tribunal apparently, but unnecessarily, referred to a margin of appreciation, without explaining the basis, the content or the importance of this concept*”¹²⁵⁴.

Lo mismo ocurre en el asunto *Phillips Morris v Uruguay*¹²⁵⁵. El tribunal hizo mención a la proporcionalidad positiva, como parte del análisis del estándar de expropiación

¹²⁴⁸ Párrafo 181.

¹²⁴⁹ Párrafos 182 y 183.

¹²⁵⁰ Párrafo 184 y 185.

¹²⁵¹ Párrafo 186.

¹²⁵² HENCKELS Caroline, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration. Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 266 p, p. 131.

¹²⁵³ BORN, Gary, et al. "A Margin of Appreciation: Appreciating Its Irrelevance in International Law." *Harvard International Law Journal*, vol. 61, no. 1, 2020, p. 65-134., p.99

¹²⁵⁴ BORN, Gary, et al. "A Margin of Appreciation: Appreciating Its Irrelevance in International Law." *Harvard International Law Journal*, vol. 61, no. 1, 2020, p. 65-134, p. 99.

¹²⁵⁵ CIADI. Laudo del 8 de julio de 2016, en el asunto *Philip Morris Brands SÀRL, y otros v República Oriental del Uruguay*. N.º ARB/10/7. Esta decisión fue objeto de decisión sobre rectificación por parte del CIADI, laudo de fecha 26 de septiembre de 2016. N.º ARB/10/7. Sin embargo, los párrafos corregidos no tienen incidencia alguna sobre la referencia a la proporcionalidad o bien al nivel de intensidad en su uso. Ver: www.italaw.com

indirecta”¹²⁵⁶. Párrafo seguido, el Tribunal consideró que las medidas fueron proporcionales, al objetivo al que aspiraban, muy lejos de su impacto adverso limitado sobre el negocio de Abal”¹²⁵⁷. Así mismo, consideró que:

“Es cierto que es difícil y podría ser imposible demostrar el impacto individual de las medidas como la RPU o la Regulación del 80/80 en forma aislada. Las investigaciones motivacionales en relación con el consumo de tabaco son difíciles de realizar (como lo han reconocido los peritos de ambos lados). Además, las Medidas Impugnadas se introdujeron como parte de un amplio plan para el control del tabaco y es difícil desglosar sus distintos componentes. Sin embargo, 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”¹²⁵⁸. “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”¹²⁵⁹.

Tal como podemos observar, el razonamiento del tribunal está teniendo en cuenta la motivación de la decisión estatal, la cual considera un ejercicio válido del poder de policía y que era una medida proporcional con el fin que pretendía alcanzar, que consistía en la protección de la salud pública del pueblo uruguayo. A pesar de lo anterior, no encontramos más desarrollo de la proporcionalidad que, las afirmaciones contenidas en estos dos párrafos, con lo cual, consideramos que, si bien es un avance en el uso de la proporcionalidad cualitativa y/o en el análisis de la adecuación de la medida, el alcance sigue siendo restrictivo.

Así mismo, el tribunal decidió ser deferente en su análisis. De hecho, antes de abordar el estudio del estándar de TJE, advirtió que su análisis se haría teniendo en cuenta el margen de apreciación, así: “el Tribunal (...) analizará cada medida teniendo en cuenta todas las circunstancias relevantes, incluido el margen de apreciación del que gozan las agencias nacionales de regulación al abordar determinaciones de políticas públicas”¹²⁶⁰. Así mismo:

“El tribunal concuerda con la demandada en que el ‘margen de apreciación’ no se circunscribe al contexto del TEDH, sino que ‘se aplica igualmente a las reclamaciones que surgen en virtud del 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 presentar gran deferencia a los criterios gubernamentales, respecto de las necesidades nacionales en cuestiones como la protección de la salud pública”¹²⁶¹.

¹²⁵⁶ Párrafo 305.

¹²⁵⁷ Párrafo 306.

¹²⁵⁸ Ibidem.

¹²⁵⁹ Párrafo 307

¹²⁶⁰ Párrafo 388.

¹²⁶¹ Párrafo 399.

En el mismo párrafo citó a *Electrabel*, en estos términos: “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”¹²⁶². Llama la atención la citación a *Electrabel* como apoyo para su transposición del margen de apreciación desarrollado por el TEDH, a pesar de que, el tribunal de *Electrabel* no citó ni pareció basarse en el TEDH para la aplicación de un margen de apreciación.

Ahora bien, el uso del margen de apreciación, en *Phillip Morris v Uruguay*, podría considerarse beneficioso, incluso para el uso de la proporcionalidad, bajo el entendido que: “*this decision is certainly to be welcomed for its attempt to take into due consideration the sovereign prerogatives of respondent States in investment arbitration*”¹²⁶³. Sin embargo, el tribunal deja vacíos importantes en la trasposición que realizó sobre el margen de apreciación. “*The Philip Morris majority did not explain the basis for its application of a margin of appreciation, nor did the majority address the numerous investment awards and other decisions rejecting the concept*”¹²⁶⁴. De hecho, “*the majority's decision did not address how a concept developed in the European human rights context could be transposed into the investment context or whether that transposition would require modifications to the concept*”¹²⁶⁵.

Así las cosas, no se deja claro el alcance con el que se entiende se está llevando a cabo el estudio de proporcionalidad, ni de forma expresa ni de forma tácita. De hecho, se hace mención a la proporcionalidad o se está ante un escenario de existencia de la proporcionalidad implícita, pero el razonamiento es tímido, no se avanza en esclarecer la normatividad y normalidad que la proporcionalidad podría aportar a la decisión estatal revisada. Tan es así que, los párrafos que siguen a la referencia expresa o tácita de proporcionalidad se concentran en un estudio del acervo probatorio, quedando importantes dudas respecto del alcance que puede atribuirse al uso de la proporcionalidad por los TAIIE.

A pesar de esta falta de claridad en la argumentación de los tribunales, se está ante uno de los niveles en los que actualmente se aborda la noción jurídica de proporcionalidad, en

¹²⁶² *Ibidem*.

¹²⁶³ ZARRA, Giovanni. « Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay ». *Brazilian Journal of International Law*, vol. 14, no. 2, 2017, p. 95-121., p. 114.

¹²⁶⁴ BORN, *op.cit.* nota 69, p. 100 a 101.

¹²⁶⁵ *Ibidem*.

donde la interpretación de su alcance se limita debido al recurso a la deferencia y al margen de apreciación.

La noción de proporcionalidad también encuentra un alcance distinto, en los casos en los que no se está ante un tratamiento deferente de la decisión y se hace un reconocimiento de la proporcionalidad expresa y tácita, sin embargo, ese alcance también hace parte del nivel de intensidad más restringido, debido a las limitaciones de las explicaciones y justificaciones contenidas en los laudos arbitrales.

§2- Los limitados argumentos en torno a la proporcionalidad

En vista que, la revisión de la medida estatal, por parte de los TAIIE, se hace en medio del proceso de interpretación de la norma convencional, entre más claro y detallado se presente dicho razonamiento, más fácil será la identificación del nivel de intensidad con el que se apreció la medida estatal. Sin embargo, el razonamiento utilizado en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado no se presenta de forma uniforme, por ejemplo, en el seno del CIADI. « *Contrairement à certaines juridictions ou quasi-juridictions comme la Cour européenne des droits de l'homme ou l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce, dont l'interprétation des normes repose sur une méthode identifiée, la mise en oeuvre des techniques interprétatives au sein du CIRDI relève avant tout du cas par cas* »¹²⁶⁶.

De allí que, en cada caso concreto, podemos encontrar distintas formas en la presentación de las explicaciones o justificaciones presentadas en el laudo arbitral. En efecto, mientras no se esté ante un escenario de falta de argumentación, sancionable en instancia de anulación, los TAIIE cuentan con la libertad que les otorgan los reglamentos de los centros a los que están adscritos para escoger la forma y profundidad en su argumentación. Por ejemplo, en el asunto *Antoine Abou Lahoud y otro v Congo*¹²⁶⁷, El Estado del Congo decidió recurrir el laudo arbitral que lo condenaba por la vulneración del estándar TJE, solicitando su anulación por falta de motivación. Ante esto, el Tribunal que resolvió la anulación considerando que: « *Le Comité considère également que le défaut de motifs n'est pas*

¹²⁶⁶ LATTY Franck, « Les techniques interprétatives du CIRDI », in Les techniques interprétatives de la norme internationale, R.G.D.P. tomo 115, n°2, 2011, pp. 459-480, p. 461.

¹²⁶⁷ CIADI, laudo del 7 de febrero de 2014, en el asunto Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafteh-Abou Lahoud v La République Démocratique du Congo. No. ARB/10/4

caractérisé. En effet, contrairement à ce que la RDC allègue, le Tribunal a parfaitement analysé et expliqué en quoi le comportement de l'OBMA, pris collectivement et combiné aux autres actions et omissions de la RDC, constituait une violation de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable »¹²⁶⁸. Más adelante agregó que : « (...) La seule lecture de la sentence montre que le Tribunal a décrit en termes clairs, permettant de suivre son raisonnement, ce qu'il considère comme étant les trois étapes du déguerpissement ». ¹²⁶⁹ Y concluyó que : « En conclusion, la contradiction et, partant, le défaut de motifs, ne sont donc pas établis »¹²⁷⁰.

Este tipo de decisiones confirma la libertad en la presentación de argumentos por parte de los TAIIE, es decir que, mientras no se esté ante la falta de argumentos, un exceso o una desviación de poder, es posible presentar los argumentos de la manera que el tribunal considere más oportuno. Lo anterior es evidenciable en la práctica reciente, de hecho, encontramos varios casos en los que se advierte la particular forma en la que se presentan los argumentos por parte de los TAIIE.

Sin embargo, sin pretenderlo, esta particularidad puede afectar la apreciación de la intensidad en el uso de la proporcionalidad, de dos formas. Por una parte, encontramos laudos recientes en los que se hace referencia a la proporcionalidad sin que se vaya más allá de la simple mención, de manera que no queda claro el alcance que en esa decisión adquiere esta noción jurídica (A). Por otra parte, encontramos laudos en los que se hace mención a la proporcionalidad pero luego se pasa a un estudio probatorio sin que quede clara la relación de la proporcionalidad respecto del análisis probatorio, de manera que la intensidad en el uso de la proporcionalidad puede calificarse de restringida.

A. La proporcionalidad en el discurso jurisdiccional

De hecho, se hace alusión a la noción de proporcionalidad, como parte de las explicaciones presentadas, sin mayores explicaciones o justificaciones. Por ejemplo, en la

¹²⁶⁸ CIADI. *Décision sur la demande en Annulation de la République Démocratique du Congo*, en el asunto loc.cit., del 29 de marzo de 2016. No. ARB/10/4. Párrafo 188.

¹²⁶⁹ Párrafo 216.

¹²⁷⁰ Párrafo 219.

decisión *Gold Reserve v Venezuela*¹²⁷¹, el tribunal advirtió que: “*In any event, termination by reason of such breach would have been out of proportion considering the gravity of such sanction*”¹²⁷². Párrafo seguido, consideró que: “*For the reasons set out above, the Tribunal concludes that...*”¹²⁷³, haciendo referencia a la vulneración del estándar de TJE, sin dar mayores explicaciones respecto del contenido o alcance en el estudio de la desproporción de la medida.

Así mismo, en la decisión *Ampal v Egypt*¹²⁷⁴, ante la pregunta : « *Did the Respondent, by wrongfully terminating the GSPA, expropriate the Claimants’ investment?* »¹²⁷⁵ el tribunal dió respuesta en ocho cortos párrafos, en los que repitió en tres ocasiones que: “*the termination of the GSPA was a disproportionate act*”. Sin embargo, no desarrolló esta afirmación. Es decir, no explicó de forma clara y detallada que entendía por una medida desproporcionada. Su razonamiento se limitó a advertir que: “*It is well settled that the ‘irreparable cessation’ of an investment activity caused by the disproportionate act of a State is tantamount to an expropriation* »¹²⁷⁶. De esta manera, se hizo referencia a la proporcionalidad negativa, sin que se pueda vislumbrar más sobre el contenido y alcance que adquiere para el caso concreto.

En la decisión *Greentech v Italian Republic*¹²⁷⁷, el inversionista consideraba que la medida tributaria acusada, era irrazonable y por tanto vulneraba el estándar de TJE así como la cláusula de deterioro, contenida en el TCE. Para el tribunal, el demandante no logró probar que la medida estatal “*was a discriminatory measure that disproportionately affected PV producers*”¹²⁷⁸. Tal como podemos observar, la proporcionalidad es una noción que hace parte de la argumentación del tribunal de arbitraje. Sin embargo, en los párrafos siguientes no se desarrolla esa noción de proporcionalidad negativa, no se hace alusión tampoco de forma implícita a un juicio de proporcionalidad en alguna de sus formas, de manera que, el uso es de

¹²⁷¹ CIADI, laudo del 22 de septiembre de 2014, en el asunto: *Gold Reserve Inc. Bolivarian Republic of Venezuela*, No. ARB(AF)/09/1.

¹²⁷² Párrafo 445.

¹²⁷³ Párrafo 446.

¹²⁷⁴ CIADI. Laudo del 21 de febrero de 2017, en el asunto *Ampal-American Israel Corp., y otros v Arab Republic of Egypt*. No. ARB/12/11.

¹²⁷⁵ Párrafo 340.

¹²⁷⁶ Párrafo 346.

¹²⁷⁷ Instituto de la Cámara de Comercio de Estocolmo-ICCE-, 23 de diciembre de 2018, en el asunto: *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, and NovEnergia II Italian Portfolio SA, v. The Italian Republic*. No.V (2015/095).

¹²⁷⁸ Párrafo 462.

baja intensidad. Del mismo modo, en la decisión *9REN c. Reino de España*¹²⁷⁹, el tribunal tuvo en cuenta la noción de desproporción como parte de su argumentación en relación con la supuesta expropiación indirecta a los derechos del inversionista¹²⁸⁰, sin que en párrafos posteriores se hiciera uso de la proporcionalidad ni explícita, ni implícita. En otras decisiones encontramos lo mismo, en medio del análisis del TJE, como es el caso de *Antin v Reino de España*¹²⁸¹ y *Copper Mesa v Ecuador*¹²⁸².

Lo antes visto ya se venía presentando en la práctica arbitral anterior al 2014, en relación con la proporcionalidad, de hecho, “*references to proportionality or declarations that a measure is proportionate without further explication may conceal impressionistic decision making because in such cases, the tribunal’s conclusions do not reveal the methodology undertaken to determine that a measure at issue was a proportionate exercise of public power*”¹²⁸³.

Así las cosas, la proporcionalidad es una noción cuya comprensión depende de los argumentos presentados por los TAIIE. Tal como veremos a continuación, en otros laudos, la proporcionalidad también es mencionada, pero, en esta ocasión, el razonamiento del tribunal se concentra en lo probado en el proceso sin que se profundice en la relación entre el alcance de la proporcionalidad y el acervo probatorio del caso concreto.

B. El razonamiento arbitral basado en la carga probatoria

En las decisiones que mencionaremos a continuación, se hace referencia a las expectativas legítimas de los inversionistas en relación con los cambios en el marco de regulación de las inversiones, en los casos en que no existe una cláusula de estabilidad jurídica. La proporcionalidad es utilizada desde una perspectiva globalmente negativa y se exige al demandante probar la afectación a las expectativas legítimas, en consecuencia, la

¹²⁷⁹ CIADI, laudo del 31 de mayo de 2019, en el asunto: *9Ren Holding S.À.R.L. c. Reino de España*. No. ARB/15/15.

¹²⁸⁰ Párrafo 364.

¹²⁸¹ CIADI, laudo del 15 de junio de 2018, en el asunto: *Antin vs Infrastructure Services Luxembourg s.à.r.l. and Antin Energia Termosolar b.v., vs. Kingdom of Spain*, No. ARB/13/31. Una vez se menciona la proporcionalidad en los párrafos 557 y 560, no se precisa el contenido ni el alcance de esta noción.

¹²⁸² CPA. Laudo del 15 de marzo de 2016, bajo las reglas CNUDMI de 1976, en el asunto *Copper Mesa Mining Corporation v The Republic of Ecuador*. NO. 2012-2. Después de la mención a la proporcionalidad en el párrafo 6.84, no se hace alusión al contenido ni alcance de esta noción.

¹²⁸³ HENCKELS, *op.cit.*, nota 70, p. 114.

vulneración al estándar de TJE, de manera que, la proporcionalidad es mencionada pero luego el razonamiento del tribunal se concentra en la prueba de esa desproporción, sin que se detalle el contenido o alcance de la proporcionalidad en el caso concreto.

En el primero caso, *Charanne v. Kingdom of Spain*¹²⁸⁴ se consideró que se estaba ante una medida desproporcionada siempre que, se estuviera ante un cambio en el marco regulatorio de las inversiones de forma caprichosa o innecesaria y suprimiera de manera imprevisible y repentina las características esenciales del marco regulatorio existente”¹²⁸⁵. El Tribunal Arbitral aceptó que “un inversor, en efecto, tiene la expectativa legítima de que, al modificar la regulación existente con base en la cual se realizó la inversión, el Estado no actuará de manera irrazonable, contraria al interés público o desproporcionada”¹²⁸⁶. Sin embargo, observó que el Reino de España no se había comprometido con una cláusula de estabilidad jurídica con los inversionistas¹²⁸⁷. Además, para el Tribunal, los demandantes no demostraron que, “al ser irrazonables, arbitrarias, contrarias al interés público, desproporcionadas, las normas de 2010 fueran violatorias de sus expectativas legítimas”¹²⁸⁸.

De hecho, el razonamiento arbitral, en su conjunto, se delimitó a verificar la inexistencia de un compromiso previo, contenido en una cláusula de estabilidad jurídica. Una vez verificada la inexistencia de un compromiso previo de estabilidad jurídica entre las partes¹²⁸⁹, decidió concentrar su análisis en la existencia de expectativas legítimas en el caso bajo estudio¹²⁹⁰. El tribunal tuvo en cuenta las decisiones arbitrales que, con anterioridad, habían declarado que, en caso de no existir un compromiso de estabilidad jurídica entre las partes, las expectativas legítimas no tenían relación con el marco regulatorio de los Estados, es decir, las modificaciones al marco regulatorio no necesariamente implicaban una vulneración a las expectativas legítimas¹²⁹¹. Para el Tribunal “en ausencia de un compromiso específico de estabilidad, un inversor no puede tener la expectativa legítima de que un marco regulatorio como el que se discute en este arbitraje no sea en ningún momento modificado para adaptarlo a las

¹²⁸⁴ Tribunal de Arbitraje con sede en Madrid, España, del 21 de enero 2016 con base en el Tratado sobre la Carta la Energía de 17 diciembre 1994, en el asunto *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. c. Reino de España*. No.062/2012.

¹²⁸⁵ Párrafo 517

¹²⁸⁶ Párrafo 514

¹²⁸⁷ El análisis de este punto lo desarrolla en los párrafos 492 a 494.

¹²⁸⁸ Párrafo 539.

¹²⁸⁹ Párrafo 492 y 493.

¹²⁹⁰ Párrafo 495.

¹²⁹¹ Párrafos 500 a 504

necesidades del mercado y el interés público”¹²⁹², máxime cuando la ley española dejaba ver con claridad la posibilidad de una modificación¹²⁹³.

Todo el análisis subsiguiente se concentró en lo probado en el procedimiento. Para el tribunal, las expectativas legítimas por cambios en la regulación, sólo podían ser vulneradas si la modificación era imprevisible, lo cual no quedó demostrado en el caso bajo estudio¹²⁹⁴. Con base en lo anterior, podemos afirmar que, si bien la proporcionalidad hace parte del análisis, como uno de los elementos de la revisión de la decisión, no se expresan los lineamientos a partir de los cuales se entiende que una medida es desproporcionada. Tampoco se analizó el fin perseguido con la medida de cambio en la regulación, ni la relación entre la medida y el fin perseguido. Del mismo modo, no se hizo referencia a la necesidad de una ponderación o equilibrio entre los intereses en conflicto, razón por la cual, puede considerarse que el Tribunal actuó de forma deferente, con un bajo nivel de intensidad en el control de proporcionalidad negativa, a partir de un análisis de la carga de la prueba.

En el segundo caso, *Eiser y otro v Reino de España*¹²⁹⁵, el Tribunal hizo un análisis de la proporcionalidad negativa, con base en lo contemplado en la decisión *Charanne*. En esta última decisión se hizo un análisis de la medida estatal con baja intensidad, respecto de la desproporción de la medida, tal como se observó en la decisión *Charanne*, pero llegando a un resultado distinto. En efecto, en la decisión *Charanne*, el Tribunal consideró que no se habían vulnerado las expectativas legítimas del inversionista con base en los cambios legislativos, que además habían sido previsibles, con lo cual, se denegaron las pretensiones de los reclamantes. En cambio, en la decisión *Eiser*, el tribunal consideró que, con base en lo probado en el proceso, el cambio legislativo fue irrazonable, abrupto y drástico¹²⁹⁶.

¹²⁹² Párrafo 510.

¹²⁹³ Párrafo 505.

¹²⁹⁴ Párrafo 511.

¹²⁹⁵ CIADI. Laudo del 4 de mayo de 2017, en el asunto *Eiser Infrastructure Limited Y Energia Solar Luxembourg S.À R.L.C. Reino De España*, No. ARB/13/36.

¹²⁹⁶ Según el párrafo 382: “(...) los regímenes regulatorios aplicables a las inversiones existentes no se pueden alterar radicalmente de manera tal que se prive a los inversores que invirtieron en base a dichos regímenes del valor de su inversión”. Más adelante, en el párrafo 387, el tribunal consideró que: “(...) los inversionistas tenían derecho a esperar que España no modificaría, de manera drástica y abrupta, el régimen del que dependía su inversión, de una forma que destruyera su valor”. Así mismo, cuestionó lo siguiente: El Demandado no ofreció una explicación clara del razonamiento que lo llevó a cambiar de opinión entre los años 2007 y 2013 con respecto a lo que constituía rentabilidad razonable”.

A pesar de encontrarse ante una situación fáctico-jurídica distinta, en relación con la desproporción de la medida, se tuvo en cuenta lo establecido en la decisión *Charanne*, no solo porque citó los apartes de la decisión en los que se hace mención a la proporcionalidad negativa, sino también porque en su análisis consideró el carácter imprevisible y radical del cambio legislativo, parte de la definición de desproporcionalidad de la medida en *Charanne*, como criterio con base en el cual consideró que en caso concreto si se habían vulnerado las expectativas legítimas del demandante. El Tribunal concluyó que, el cambio regulatorio consistente en "la derogación del RD 661/2007 por parte del Demandado, y su decisión de aplicar un método completamente nuevo para reducir la remuneración de las plantas existentes de las Demandantes, privaron a las Demandantes de esencialmente todo el valor de su inversión. Al hacer esto, violó la obligación del Demandado de otorgar trato justo y equitativo"¹²⁹⁷.

Sin embargo, en relación con el uso de la noción de proporcionalidad, se hace alusión a que la medida fue radical, abrupta, o drástica, con base en el estudio del acervo probatorio aportado al procedimiento, sin que se haya hecho un claro análisis del fin perseguido, o de la relación entre el fin perseguido y la medida tomada, o bien, referencia alguna a la necesidad de una ponderación o equilibrio entre los intereses en conflicto. Por tales razones, al igual que en la decisión *Charanne*, estamos ante un control de proporcionalidad negativo, más tácito que implícito, con un bajo nivel de intensidad, fundado en la carga probatoria.

Si bien la carga de la prueba es importante para la justificación jurídica de los laudos arbitrales, al hacer referencia a ésta como el método a partir del cual se hará el estudio de la medida estatal, se está limitando el alcance que podría tener la aplicación de la proporcionalidad, puesto que el razonamiento no muestra el contenido y alcance que el tribunal desea darle a la proporcionalidad, se limita a mencionar la proporcionalidad y considerar si quedó probado o no dentro del procedimiento, sin la explicación o justificación del enlace entre la desproporción y lo probado, lo que pone de presente un bajo nivel de intensidad y/o una revisión restrictiva de la medida estatal.

La carga de la prueba en derecho internacional es raramente expuesta por las Cortes y tribunales internacionales en tanto que estándar de carga de la prueba¹²⁹⁸. De acuerdo con lo

¹²⁹⁷ Párrafo 418.

¹²⁹⁸ Ver FOSTER, Caroline. "Burden of proof in International Courts and Tribunals". *Australian Yearbook of International law*, vol. 29, pp. 27-86, p 40.

visto en la práctica reciente, los TAIIE recurren a ella¹²⁹⁹ y de esta forma pareciera que no asumen, directamente, un análisis más profundo de la proporcionalidad. Quien invoca la desproporción de la medida debe adjuntar las pruebas claramente detalladas, de manera que se mantiene el análisis de verificación propio del silogismo lógico-deductivo.

Así las cosas, si bien podría pensarse que, en los casos en los que no se hace referencia a un trato deferente o margen de apreciación, estamos ante una escala de intensidad más alta respecto del uso de la proporcionalidad, este nivel de análisis hace parte de los más restrictivos puesto que no se está ahondando en las razones por las que se hace referencia a esta noción jurídica, bien sea porque no se va más allá de una afirmación respecto de la proporcionalidad, bien sea positiva o negativa, explícita o implícita, o bien porque se analiza el material probatorio sin que se haga una relación con la proporcionalidad a la que se hizo referencia.

A pesar de lo anterior, encontramos otros tipos de análisis en relación con la proporcionalidad que resultan ser menos restrictivos, en la medida en que se analizan algunos elementos del contenido de la proporcionalidad, lo que da cuenta tanto de la intención de apreciar la proporcionalidad desde un nivel menos restrictivo, como de la variabilidad con la que los TAIIE pueden hacer una revisión de la medida estatal, a partir del uso de la noción de proporcionalidad.

Sección 2. El uso menos restrictivo de la proporcionalidad

Teniendo en cuenta que la intensidad en el control de proporcionalidad, más generalizado, se ha analizado a partir de su contenido, encontramos dos formas de abordar el uso de la proporcionalidad desde un nivel menos restrictivo. Por una parte, los diferentes elementos del test de proporcionalidad europeo, por otra parte, las dos etapas de análisis del estándar de proporcionalidad en el derecho internacional de contramedidas.

¹²⁹⁹ Los reglamentos de algunos centros de arbitraje hacen referencia al estudio con base en la carga de la prueba. Ver por ejemplo, el artículo 27.1 del CNUDMI de 2010, o el artículo 24.1. del reglamento del Tribunal Permanente de arbitraje de 2012.

Recordemos que, según el test europeo la primera etapa es la del control de adecuación. En esta etapa, el juez o árbitro estudia la aptitud del medio utilizado para alcanzar el fin legítimo perseguido. Entonces, el estudio de la idoneidad de la medida significa que, si la medida es apta para alcanzar el fin perseguido la medida es proporcional¹³⁰⁰. La última etapa es la de *stricto sensu*, según la cual, « *on aboutit alors à une définition plus large d'un mécanisme de pondération entre principes juridiques de rang équivalent, simultanément applicables mais antinomiques, mécanisme permettant de déterminer la licéité finale du cas d'espèce* »¹³⁰¹. En vista que la necesidad no es un elemento que haya sido abordado en relación con la proporcionalidad, no será objeto de análisis respecto de la práctica arbitral reciente.

En cuanto al derecho de las contramedidas internacionales, la proporcionalidad puede estudiarse desde la perspectiva cuantitativa, cualitativa, o ambas. « *Il s'agit ici d'une mise en balance directe en relation au 'poids' d'un acte et de la réponse à cet acte (proportionnalité quantitative) ou en relation au caractère 'approprié' d'un moyen en fonction d'un but (proportionnalité qualitative, téléologique), ou les deux à la fois* »¹³⁰². CANNIZARO propone comenzar el control por la proporcionalidad cualitativa que denomina externa, para luego pasar a la cuantitativa o interna, en estos términos:

*“the assessment of proportionality must be split into two logical operations that must be kept conceptually distinct. The first regards not so much the content of the measures, but rather the appropriateness of the aim that the State wishes to attain by acting in self-redress. We propose to indicate this by the formula ‘external proportionality’. This term is meant to convey the idea that proportionality requires not only that the means chosen are appropriate to the subjective aim of the respondent state, but also, and primarily, that the aim in itself be reasonable and appropriate in the context of the structure of the breached norm and of the legal consequences deriving from the breach. In other words, the essence of proportionality resides in comparing the measures adopted with the proper function of the action of self-redress. A distinct operation consists in appraising the appropriateness of the content of the measures adopted in relation to the result that they seek to achieve. To this second logical operation we may reserve the term ‘internal proportionality’”*¹³⁰³.

¹³⁰⁰ Así lo considera el TJUE cuando ha hecho el estudio de proporcionalidad de una medida concentrándose en la adecuación o idoneidad de la misma. Ver por ejemplo, la decisión de 27 de Septiembre 2017, *Peter Puškár*, aff. C-73/16, ECLI:EU:C:2017:725. Pour un exemple de mesure « non apte » : CJUE, 8 juin 2017, *Medisanus*, aff. C-296/15, ECLI:EU:C:2017:431, point 103

¹³⁰¹ ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op.cit., p. 1251.

¹³⁰² KOLB, Robert. « La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions : essai de clarification conceptuelle », op.cit., p. 385. Ver también el Informe preliminar del Relator especial, Sr. Willem Riphagen, contenido en el Anuario de la CDI, 1980, vol II, primera parte, documento A/CN.4/SER.A/1980/Add.1. P: 134, párrafo 92.

¹³⁰³ CANNIZZARO, Enzo, op.cit., p. 899.

De manera que, la proporcionalidad cualitativa podría asemejarse a la proporcionalidad externa y la proporcionalidad cuantitativa a la proporcionalidad interna, ambos, elementos del contenido de la proporcionalidad, con lo cual, si se analizan los dos elementos al tiempo estaremos frente a un control más intenso que si se analizara sólo uno de ellos.

Pues bien, del análisis de los laudos recientes, encontramos que la proporcionalidad, tanto positiva como negativa, explícita y tácita, en el nivel menos restrictivo, varía entre el estudio del objetivo público perseguido (§1) hacia el uso de la proporcionalidad *stricto sensu*, aunque de tal manera que se mantiene una baja intensidad (§2).

§1- El estudio del fin público perseguido

Si bien podría pensarse que, el estudio de la motivación no necesariamente implica un juicio de proporcionalidad, el estudio del fin público perseguido, es la primera etapa, tanto en el test desarrollado por las Altas cortes europeas, pero en especial en el análisis de la proporcionalidad cualitativa o externa, del derecho de las contramedidas internacionales.

En efecto, el estudio del fin perseguido, hace parte del estudio de la adecuación de la medida. Dicho de otra manera, « *si l'adéquation fait défaut, l'acte est dépourvu de fondement au regard du but poursuivi et se révèle comme un acte disproportionné ou arbitraire, c'est-à-dire comme un acte manifestement injustifié à l'égard des faits. La proportionnalité se fonde ici dans l'interdiction de l'arbitraire qui en droit international fait partie de l'interdiction de l'abus de droit* »¹³⁰⁴.

Es decir que podemos encontrar intensidades distintas al interior del estudio de la adecuación de la medida estatal o la proporcionalidad cualitativa/externa. Bien sea porque el análisis se limite a identificar un fin público en la motivación de la medida; o bien porque ese estudio implique la relación entre el fin y el medio, en cuyo caso estaremos en un escenario de análisis de proporcionalidad más claro.

¹³⁰⁴ KOLB, Robert. « La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions : essai de clarification conceptuelle ». In PICCHIO FORLATI Laura & SICILIANOS Linos-Alexandre. *Les sanctions économiques en droit international = Economic sanctions in international law*. Leiden. M. Nijhoff, 2004. p. 379-443 p. 383.

Pues bien, la intensidad en el uso de la proporcionalidad, tanto explícita como implícita, requiere el análisis de la práctica arbitral reciente. En efecto, encontramos que en algunos casos los TAIIE hacen un análisis de ese fin público perseguido por la medida estatal, de forma indirecta (A) y en otras, de forma indirecta (B) y en otras decisiones se analiza la relación entre la medida estatal y el fin público perseguido (C), tal como veremos a continuación.

A. Revisión indirecta

Haremos referencia a caso por caso, en aras de demostrar la variedad en el uso de la proporcionalidad. En la decisión *Khan v Mongolia*¹³⁰⁵, el demandante alegó la desproporción de la medida “*as these laws serve no discernible public purpose*”¹³⁰⁶, como parte de la supuesta expropiación ilegal a la que fue sometido el inversionista. En este caso el tribunal analizó si la medida fue tomada con una base legal y si fue tomada respetando el debido proceso¹³⁰⁷. En efecto, analizó de forma indirecta el fin público perseguido, es decir que, se concentró en verificar si el procedimiento previo a la toma de la decisión llevó a considerar el fin perseguido, limitado por el análisis de verificación de cumplimiento de los requisitos de la ley mogolesa, respecto de la supuesta expropiación ilegal hacia el inversionista¹³⁰⁸.

En el caso, *Olin Holdings v Libya*¹³⁰⁹, se analizó el comportamiento del Estado respecto del inversionista, el cual para el tribunal vulneró las expectativas legítimas¹³¹⁰. En su análisis, el tribunal da cuenta de la situación del inversionista, quien desde que se profirió la orden de expropiación hasta que se hizo efectiva, permaneció durante años trabajando con la incertidumbre del destino de sus inversiones¹³¹¹. Para el tribunal el comportamiento del Estado va en contra de los fines públicos, con lo cual se vulnera no sólo las expectativas legítimas del inversionista, sino también el estándar de TJE¹³¹².

¹³⁰⁵ CPA. Laudo del 2 de marzo de 2015, bajo las reglas del CNUDMI de 2010, en el asunto: *Khan Resources Inc. y otros v The Government of Mongolia*. No. 2011-09.

¹³⁰⁶ Párrafo 170.

¹³⁰⁷ Párrafo 317.

¹³⁰⁸ Párrafo 330.

¹³⁰⁹ ICC, laudo del 25 de mayo de 2018, en el asunto *Olin Holdings Limited v State Of Libya*. Case No. 20355/MCP.

¹³¹⁰ Párrafo 310 a 315.

¹³¹¹ Párrafos 316 a 319

¹³¹² Párrafo 325.

En la decisión *Antoine Abou Lahoud y otro v Congo*¹³¹³, estamos ante el estudio de una medida que no se basó en ningún fin público, es decir en un escenario de juicio de proporcionalidad implícita, por lo menos desde la perspectiva más restrictiva. De hecho, el tribunal constató que los comportamientos de las autoridades congoleesas, respecto de los reclamantes fueron tan groseros y arbitrarios que ni siquiera se hizo alusión al fin u objetivo público que se estaba persiguiendo con las medidas, especialmente en relación con el desalojo sufrido en las instalaciones de la empresa de los demandantes¹³¹⁴. El razonamiento fue conciso sin profundizar en la apreciación estatal previa a la toma de la decisión. No fue necesaria una ponderación de intereses, o un análisis de la relación entre el medio utilizado y el fin perseguido¹³¹⁵. Sin embargo, de forma tácita se está revisando la relación entre las medidas estatales y el fin público perseguido, en el entendido que, esa falta de justificación en un objetivo público fue considerada por el tribunal como relevante respecto de la relación con las medidas estatales¹³¹⁶.

En la decisión *Bear Crick v Peru*¹³¹⁷, el tribunal revisó la apreciación del Estado de las circunstancias fáctico-jurídicas del caso bajo estudio, la justificación del fin perseguido y si estos estaban justificados en pruebas, es decir se adentró, de manera amplia, en el control de legalidad del acto administrativo, como si fuera un juez administrativo interno. De hecho, el tribunal estudió el primer motivo aducido por el demandado para derogar el Decreto. “En conclusión, el Tribunal considera que el primer motivo mencionado en el Decreto Supremo 032 y en los argumentos de la Demandada, es decir, que la Demandante había obtenido ilegalmente la declaración de necesidad pública mediante el Decreto Supremo 083 a través de la participación de la Sra. Villavicencio, no es válido”¹³¹⁸.

De acuerdo con lo antes visto, si bien no estamos ante un análisis de la relación entre los medios y los fines o del fin perseguido de forma clara y detallada, se podría decir que, de forma indirecta el árbitro intenta revisar la adecuación o carácter apropiado de la medida respecto a la existencia de un fin público en la motivación del acto estatal. Incluso tiene en cuenta el procedimiento previo, es decir, la construcción de la motivación de la medida.

¹³¹³ CIADI, laudo del 7 de febrero de 2014, en el asunto *Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafeh-Abou Lahoud v La République Démocratique du Congo*. No. ARB/10/4

¹³¹⁴ Párrafo 439

¹³¹⁵ Párrafo 445

¹³¹⁶ Párrafo 463

¹³¹⁷ CIADI. Laudo del 30 de noviembre de 2017, en el asunto: *Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*. No. ARB/14/21

¹³¹⁸ Párrafo 399.

Los TAIIE se muestran menos tímidos en el análisis de la adecuación del fin perseguido, en las decisiones que presentaremos a continuación.

B. Revisión directa

En la decisión *CC/Devas v India*¹³¹⁹, en donde se relacionó a la proporcionalidad con la justificación de la medida estatal¹³²⁰, el tribunal realizó un análisis de la supuesta expropiación realizada a los demandantes, por parte de la India, con base en la decisión proferida por el Comité de Seguridad del Gabinete de la India - CCS¹³²¹. De hecho, la empresa Devas había suscrito el 28 de enero de 2005 un acuerdo para el arrendamiento de una parte del espacio electromagnético, con una Empresa estatal de la India, llamada Antrix Corporation Limited, lo que se conocería como el ‘Acuerdo Devas-Antrix’. En febrero de 2011, el Gobierno de la India, a través del CCS, decidió reservar una parte del espectro electromagnético para satisfacer necesidades nacionales, incluida la defensa, fuerzas paramilitares, ferrocarriles y otros servicios públicos, así como para las necesidades sociales del país, en lo que se conocería como la decisión CCS. Para los demandantes, esta decisión política constituyó una expropiación a las inversiones de los demandantes y al no estar acompañada por el pago de una compensación justa y equitativa, se vulneró el artículo 6 del Tratado bilateral de inversiones¹³²².

En la decisión *Oi European Group v Venezuela*¹³²³, consideró que se vulnera el estándar de TJE, siempre que el Estado anfitrión “adopta un acto manifiestamente contrario al orden jurídico o que desconoce las exigencias básicas del rule of law”¹³²⁴. Frente al caso concreto, al no existir un objetivo público legítimo en las actuaciones del Estado, para el tribunal el “las actuaciones del INDEPABIS fueron arbitrarias y constituyen una desviación de poder, pues

¹³¹⁹ CPA, bajo las reglas CNUDMI de 1976, del 25 de julio de 2016, en el asunto: *CC/Devas (Mauritius) LTD., Devas Employees Mauritius Private Limited., and Telcom Devas Mauritius Limited vs. The Republic of India*, No. 2013-09.

¹³²⁰ Párrafo 414.

¹³²¹ un comité, encargado, entre otros, de los temas de defensa, orden, seguridad interna y problemas económicos y políticos que inciden en la seguridad de la India. Ese Comité comprende el Primer Ministro, y parte del gabinete ministerial.

¹³²² Ibidem. Tratado Bilateral de Inversiones entre el Estado de Mauritania y la India, que entró en vigencia en junio de 2000. Ver párrafo 1.

¹³²³ CIADI. Laudo del 10 de marzo de 2015, en el asunto *OI European Group B.V. v República Bolivariana De Venezuela*. No. ARB/11/25.

¹³²⁴ Párrafo 546.

existe una contradicción entre las causas aducidas por el INDEPABIS para dictar las medidas de ocupación, y la verdadera finalidad perseguida”¹³²⁵.

En la decisión *Antaris v República checa*¹³²⁶, el tribunal hizo referencia a la proporcionalidad negativa, en medio del análisis del estándar que denominó “*legitimate expectation and arbitrary or unreasonable behaviour*”¹³²⁷. En este caso, la medida estatal conocida como ‘*Solar levy*’ había modificado los incentivos a las inversiones extranjeras en plantas de energía fotovoltaica. El tribunal comenzó por hacer alusión a las intenciones con las que el Estado anfitrión había tomado la medida, de acuerdo con las declaraciones de los miembros del gobierno al procedimiento arbitral¹³²⁸; el tribunal tuvo en cuenta que la decisión se basó en una consultoría por parte de un buffet de abogados con el fin de evitar litigios futuros¹³²⁹, que el Estado había otorgado un tiempo prudencial para que la medida se pusiera en marcha¹³³⁰, que según el Ministro de Medio ambiente, se estaba ante una situación de urgencia y que no existía otro mecanismo para recuperar los ingresos de la Nación¹³³¹. Para el tribunal la medida acusada fue transparente y pretendía evitar mayores perjuicios a los inversionistas extranjeros y a la economía del Estado anfitrión¹³³². Además, para el tribunal, los inversionistas sabían que el marco legal podía cambiar, de acuerdo con las circunstancias políticas¹³³³. Con base en lo anterior, el tribunal consideró que en la medida estatal “*there was an appropriate correlation between the Respondent’s objectives and the measures it took (...) the measures, which applied only to the most recent installations (...) were not disproportionate*”¹³³⁴.

A pesar del claro razonamiento de proporcionalidad negativa, en donde se tuvieron en cuenta los motivos de la decisión, en relación con el fin perseguido, el uso de la proporcionalidad es restrictivo, puesto que, después de las anteriores afirmaciones respecto de la ausencia de desproporción no encontramos más explicaciones o argumentaciones. Además, previo a la afirmación de proporcionalidad negativa, el tribunal acogió la visión del Estado anfitrión respecto de los alcances del análisis de razonabilidad de la medida, así: “The Tribu-

¹³²⁵ Párrafo 512.

¹³²⁶ CPA. Laudo del 2 de mayo de 2018, en el asunto *Antaris GmbH, Dr Michael Göde vs República checa*. N° 2014-01.

¹³²⁷ El estudio de este estándar quedó anunciado en el índice de la decisión. Ver página i.

¹³²⁸ Párrafos 420 y 421.

¹³²⁹ Párrafo 422.

¹³³⁰ Párrafo 423.

¹³³¹ Párrafo 426.

¹³³² Párrafo 430 y 434.

¹³³³ Párrafo 437.

¹³³⁴ Párrafo 444.

nal accepts the Respondent's case that for purposes of the reasonableness analysis, it does not matter whether a tribunal believes that a particular course of action is "good" or "bad," that a different solution might have been "better," or that a State could have done "more," or that other States took different measures"¹³³⁵.

En el asunto *Belenergia v Italy*¹³³⁶, el inversionista considera que los cambios en el marco legal y regulatorio fueron irrazonables y desproporcionados, incluso impredecibles, vulnerando de esta forma las expectativas legítimas y en consecuencia el estándar de TJE. Para el tribunal, la medida acusada, es decir el Decreto *Spalma Incentivi*, que redujo los subsidios a los inversionistas del 6% al 8% estuvieron motivadas, asimilando esta situación con una medida proporcionada"¹³³⁷.

Más Adelante, el tribunal confirmó que los cambios en el regimen de subsidios, contenido en el Decreto *Spalma Incentivi*, no podían calificarse de irrazonables, desproporcionados o impredecibles. Agregó que: "*as to Belenergia's argument that Italy's measures lack public interest goals such as environment or public health protection, and a "rational policy," it suffices for the Tribunal that the true purpose of the measures was to reduce the cost of subsidies*"¹³³⁸. Con base en lo anterior, podemos inferir que la noción de proporcionalidad es aplicada en el estudio de los motivos de la decisión, y se tiene en cuenta el objetivo público perseguido que para el tribunal es la reducción de los costos de subsidios, es decir que, se hace un análisis de la relación entre los medios y los fines. Sin embargo, no se ahonda en ese análisis, con lo cual seguimos ante una revisión restrictiva de la noción de proporcionalidad, en este caso negativa. La decisión sigue un razonamiento, en el mismo sentido¹³³⁹.

En la decisión *British Caribbean v Belize*¹³⁴⁰, el tribunal hace un análisis profundo del propósito público perseguido por el Estado, considerando que, tanto las motivaciones del demandado como lo considerado por la Corte judicial no mostraban que el motivo público

¹³³⁵ Párrafo 443.

¹³³⁶ CIADI. Laudo del 6 de agosto de 2019, en el asunto *Belenergia S.A. v. Italian Republic*. No. ARB/15/40.

¹³³⁷ Párrafo 605. Cfr. capítulo 3, *supra*.

¹³³⁸ Párrafo

¹³³⁹ Párrafos

¹³⁴⁰ CPA. Laudo del 19 de diciembre de 2014, bajo las reglas CNUDMI de 1976, en el asunto: *British Caribbean Bank Limited v. The Government of Belize*. No. 2010-18

perseguido fuera el aducido en la medida estatal sino otro¹³⁴¹, vinculando esa falta de correspondencia entre el fin aducido con el fin que debía perseguirse a una vulneración de las disposiciones del TBI en relación con las reglas de expropiación estatal¹³⁴².

Del mismo modo, en la decisión *Fouad v Jordania*¹³⁴³, en medio del estudio del estándar de: ‘*impair by arbitrary or discriminatory measures*’, el tribunal analizó si la medida estatal acusada había sido predeterminada o basada en motivos distintos a un fin público legítimo. En efecto, dedicó once páginas a analizar si respondiendo a la cuestión: *¿Was the decision of the Jordanian Court of Cassation inexcusable?* Es decir que, analizó si la decisión de la Corte Jordana fue inexcusable o injustificada, llegando a la conclusión que no lo fue ¹³⁴⁴. La intensidad del control fue importante, en este caso, puesto que se adentró en un estudio de los motivos de la decisión, con base en lo probado en el expediente y, en las declaraciones de testigos durante el procedimiento. Para el tribunal:

“In the present case, the Tribunal is called upon to decide the international law question of whether the Respondent’s conduct breached the treaty standard of protection of investments from arbitrary measures. It is not called upon to determine per se the legality vel non of the Tax Measure under Jordanian law. Nevertheless, the Claimants invite the Tribunal, as part of its assessment of whether the Tax Measure was arbitrary, to consider whether it had a legal basis under Jordanian law. Both Parties advance very detailed evidence, including many other decisions of the Jordanian courts, on that question. The Claimants’ case is not that Jordan had no right to tax the transaction. Rather it is that, properly construed, Jordanian law did not tax the transaction and that the ISTD and the courts misapplied that law. This allegation necessarily requires the Tribunal to assess Jordanian law”¹³⁴⁵.

En la decisión *Tethyan Cooper v Pakistan*¹³⁴⁶, si bien se anunció el uso de la proporcionalidad *stricto sensu*, el razonamiento del tribunal se guió por dos pasos. En el primero, el tribunal estudio los motivos de la decisión acusada de vulnerar el estándar de TJE. Luego si esos motivos correspondían con el fin público perseguido o si mas bien ocultaban

¹³⁴¹ Párrafos 281, 283 y 284

¹³⁴² Párrafo 281.

¹³⁴³ CIADI. Laudo del 14 de diciembre de 2017, en el asunto *Fouad Alghanim & Sons Co. For General Trading & Contracting, W.L.L. And Mr Fouad Mohammed Thunyan Alghanim Hashemite v Kingdom Of Jordan*. No. ARB/13/38)

¹³⁴⁴ Párrafos 309 a 423.

¹³⁴⁵ Párrafo 354.

¹³⁴⁶ CIADI. Laudo del 10 de noviembre de 2017. Decision on Jurisdiction and Liability, en el asunto: *Tethyan Copper Company Pty Limited v Islamic Republic Of Pakistan*. No. ARB/12/1.

una intención distinta. En efecto, al determinar el contenido del estándar de TJE consideró que:

*« In the Tribunal's view, a dominant principle of the FET standard is the protection of the investor's legitimate, investment-backed expectations. The Parties both accept this obligation, although Respondent emphasizes that the concept of legitimate expectations does not simply correspond to any subjective hopes of the investor, but is rather qualified by objective requirements, such as reasonableness, existence of specific representations made by the State, causality for the investment decision, balance of interests and the investor's conduct »*¹³⁴⁷.

Luego en relación con la forma en que abordaría el estudio de las expectativas legítimas, consideró que: *“The Tribunal will take into account these further criteria set out by the Parties, such as (i) whether Respondent's conduct was justified by a legitimate purpose or whether it was rather arbitrary and/or discriminatory; (ii) whether Respondent accorded Claimant procedural propriety and due process in the course of its decision-making process; and (iii) whether Claimant conducted its investment in a reasonable manner”*¹³⁴⁸. Una vez confirmó que si se crearon expectativas legítimas al inversionista, el tribunal analizó si las razones invocadas por el Estado anfitrión proporcionaron una base justificada para la denegación o si más bien sirvieron como pretexto diseñado para ocultar el verdadero motivo de implementar el propio proyecto del gobierno¹³⁴⁹. Luego de escudriñar los motivos, con base en el material probatorio concluyó que los motivos no correspondían con un fin público legítimo y que, en todo caso, la decisión no estaba bien justificada¹³⁵⁰.

De acuerdo con lo antes visto, los TAIIE profundizan aún más en el análisis de la motivación y específicamente del fin público perseguido, relacionándolo en algunos casos con la proporcionalidad de la medida, bien sea desde la perspectiva negativa o positiva. Ahora bien, en otros casos, encontramos un análisis más cercano a un juicio de proporcionalidad cualitativo o un control de adecuación de la medida estatal, puesto que no solo se analiza la existencia de una motivación y de un fin público perseguido sino su relación concreta con la medida implementada por el Estado.

¹³⁴⁷ Párrafo 811.

¹³⁴⁸ Párrafo 812.

¹³⁴⁹ Párrafo 1160.

¹³⁵⁰ Párrafo 1226.

C. Análisis del fin público perseguido en relación con la medida estatal

En los cuatro casos sobre energía en contra de la República Checa¹³⁵¹, los tribunales que conocieron de cada caso, consideraron que debía analizarse la relación entre el medio utilizado y el fin perseguido, en estos términos: “(...) ‘an appropriate correlation between the state’s public policy objective and the measure adopted to achieve it’ must exist”¹³⁵². De hecho, “(...) in the Tribunal’s view, the determinative question is not whether the impairment was substantial, but whether the challenged measures were promulgated in pursuit of a rational policy and were implemented in a reasonable manner”¹³⁵³. Es decir que, para el tribunal debe existir una relación apropiada entre una medida razonable y un fin público racional.

En las decisiones *Yukos*, *Hulley* y *Veteran*; se hizo un análisis de la proporcionalidad desde una perspectiva negativa. En efecto, estamos ante tres casos que fueron resueltos el mismo día, por tribunales adscritos a la Corte Permanente de arbitraje, con similares consideraciones y condenas¹³⁵⁴. En los tres casos se dictaminó que la Federación Rusa, al tomar una serie de medidas fiscales y de recuperación contra los inversionistas, había dirigido hacia la quiebra las inversiones de esas empresas internacionales, con dos propósitos. Por una parte, perjudicar al Presidente y accionista de *Yukos Universal Limited*, el Sr. Mikhail Khodorkovsky, quien era un potencial oponente político del Presidente Putin. Por otra parte, la adquisición de los activos de los inversionistas. La Federación de Rusia solicitó la anulación de los laudos ante el Tribunal de Distrito de la Haya, anulación decidida a su favor, mediante sentencia que resolvió los tres casos¹³⁵⁵. Ante esto, *Yukos Universal Limited* presentó recurso de anulación ante la Corte de Apelaciones de la Haya, el cual fue resuelto a

¹³⁵¹ CPA. Laudos del 15 de mayo de 2019, bajo las reglas CNUDMI de 1976, en los asuntos: *WA Investments-Europa Nova Limited v The Government of Czech Republic*, N° 2014-19; *Voltaic Network GmbH v The Government Of The Czech Republic*, N° 2014-20; *Photovoltaik Knopf Betriebs-GmbH v The Government of Czech Republic* N° 2014-21; *I.C.W. Europe Investments Limited v The Government of Czech Republic*, N° 2014-22.

¹³⁵² *WA Investments-Europa Nova Limited*: párrafo 647; *Voltaic Network GmbH*: párrafo 564 ; *Photovoltaik Knopf Betriebs-GmbH*: párrafo 559 y *I.C.W. Europe Investments Limited v The Government of Czech Republic* Párrafo 600.

¹³⁵³ *WA Investments-Europa Nova Limited*: párrafo 639; *Voltaic Network GmbH*: párrafo ; *Photovoltaik Knopf Betriebs-GmbH*: párrafo 696 y *I.C.W. Europe Investments Limited v The Government of Czech Republic*: párrafo 636.

¹³⁵⁴ CPA, laudos del 18 de julio de 2014, bajo las reglas CNUDMI de 1976, asuntos: *Hulley enterprises limited (cyprus) v. The Russian Federation*. No. AA 226; *Yukos Universal Limited (isle of man) v. The Russian Federation*. No. AA 227 y *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*. No. AA 228.

¹³⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Distrito de la Haya, del 20 de noviembre de 2016. Cámara de asuntos comerciales, asuntos: *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*. No. C/09/477160 / HA ZA 15-1; *Yukos Universal Limited (isle of man) v. The Russian Federation*. C/09/477162 / HA ZA 15-2 y *Hulley enterprises limited (cyprus) v. The Russian Federation*. No. No. C/09/481619 / HA ZA 15-112.

su favor, es decir, se anuló el laudo del 20 de noviembre de 2016, mediante decisión con fuerza ejecutiva inmediata¹³⁵⁶. De manera que, los laudos del 18 de julio de 2014 están actualmente vigentes y serán objeto del análisis.

Pues bien, las disputas entre las partes involucraban varias medidas tomadas por la Federación Rusa contra la empresa *Yukos* y compañías asociadas, principalmente en el período comprendido entre julio de 2003 y noviembre de 2007, siendo *Yukos*, la mayor compañía petrolera de la Federación de Rusia, después de la disolución de la Unión Soviética. Las medidas denunciadas incluyeron enjuiciamientos penales, acoso, intimidación y arresto a los representantes y empleados de la empresa *Yukos*; reevaluaciones masivas de impuestos, cargos de IVA, multas, congelamiento de activos y otras medidas que culminaron con la quiebra de la empresa, y afectando las inversiones de *Hulley* y *Veteran*, la posterior venta de sus activos restantes, y la eliminación del registro de empresas en Noviembre de 2007. En los laudos de 2014, encontramos un análisis profundo, en el margen de apreciación con el que se estudiaron las pretensiones de los inversionistas.

Para el demandante, las medidas tomadas por la Federación Rusa son ‘extremadamente desproporcionadas’ en relación con la evasión de impuestos en la que incurrió el demandante¹³⁵⁷, lo que vulneró los estándares de expropiación indirecta y de TJE, a la luz del Tratado de la Carta de Energía-TCE¹³⁵⁸. Para la Federación Rusa, las medidas tomadas fueron adecuadas y necesarias, de acuerdo con el fin que se pretendía alcanzar y que además el demandado realizó una evasión de impuestos grave, con lo cual cabían las medidas tomadas por el demandado¹³⁵⁹.

En el análisis del estándar de TJE, el Tribunal llevó a cabo un análisis menos restrictivo, de las medidas estatales tomadas por la Federación Rusa en contra de los inversionistas, revisando, por una parte, la legitimidad del fin público perseguido. “*After having now traversed, at some length, the treatment of Yukos by Russian tax authorities, the bailiffs and the*

¹³⁵⁶ CPA. Judgment Of The Hague Court Of Appeal (Unofficial English Translation), del 18 de febrero de 2020, en el asunto: *Yukos Universal Limited (Isle Of Man) v. The Russian Federation*. No. 2005-04/AA227, página 124.

¹³⁵⁷ Párrafo 943.

¹³⁵⁸ Toda la parte motiva de esta decisión, la encontramos replicada en dos laudos que comparten similitud fáctico-jurídica con el asunto *Yukos v The Russian Federation*. Se trata de dos laudos del CPA, también proferidos el 18 de julio de 2014, en los asuntos *Hulley enterprises limited (cyprus) v. The Russian Federation*. No. AA 226 y *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*. No. AA 228

¹³⁵⁹ Párrafos 1498 a 1506.

courts, and having considered the totality of the evidence, especially the VAT evidence, the Tribunal has concluded that the primary objective of the Russian Federation was not to collect taxes but rather to bankrupt Yukos and appropriate its valuable assets »¹³⁶⁰. Además consideró que:

*“As to condition (a), whether the destruction of Russia’s leading oil company and largest taxpayer was in the public interest is profoundly questionable. It was in the interest of the largest State-owned oil company, Rosneft, which took over the principal assets of Yukos virtually cost-free, but that is not the same as saying that it was in the public interest of the economy, polity and population of the Russian Federation »*¹³⁶¹.

Con base en lo anterior consideró que si se estaba ante la vulneración del estándar de TJE, toda vez que las medidas de Rusia no perseguían un objetivo público. Luego, el Tribunal se centró en la supuesta existencia de una expropiación indirecta, en donde tuvo en cuenta, de forma expresa, el elemento de la ‘desproporción’ de las actuaciones de Rusia:

*“In considering the extent of the contribution of Claimants’ faults to their injury, the Tribunal notes that the subsequent conduct of the Russian Federation, as the Tribunal has found, was disproportionate and tantamount to expropriation of Claimants’ investment in Yukos. Claimants’ damages were caused by the series of events starting with the arrest of Messrs. Khodorkovsky and Lebedev, and the tax assessments, and culminating in the YNG auction, which led to the bankruptcy and liquidation of Yukos. The Tribunal must now determine to what extent and in what proportion Claimants’ and Yukos’ conduct prior to 2003, including their questionable use of the Cyprus-Russia DTA, contributed so as to lessen the responsibility of Respondent”*¹³⁶².

Finalmente, el Tribunal pasó a analizar la culpa contributiva del demandante en la quiebra de la empresa Yukos, teniendo en cuenta la evasión fiscal del demandante. El Tribunal concluyó que:

*“Having considered and weighed all the arguments which the Parties have presented to it in respect of this issue the Tribunal, in the exercise of its wide discretion, finds that, as a result of the material and significant mis-conduct by Claimants and by Yukos (which they controlled), Claimants have contributed to the extent of 25 percent to the prejudice which they suffered as a result of Respondent’s destruction of Yukos. The resulting apportionment of responsibility as between Claimants and Respondent, namely 25 percent and 75 percent, is fair and reasonable in the circumstances of the present case”*¹³⁶³.

De acuerdo con lo antes visto, estamos ante una medida sancionatoria hacia los derechos de los inversionistas, con lo cual, la proporcionalidad responde de una mejor manera

¹³⁶⁰ Párrafo 756.

¹³⁶¹ Párrafo 1581.

¹³⁶² Párrafo 1635.

¹³⁶³ Párrafo 1637.

al contenido del estándar en el derecho internacional de contramedidas. Es decir que, estaríamos ante un control cualitativo, en relación con el análisis del objetivo público perseguido, y ante un control cuantitativo, cuando se tuvo en cuenta la culpa contributiva en la sanción proferida por el Estado anfitrión. Es decir que, analizó la relación entre la acción ó evasión de impuestos y la reacción, encontrando que las medidas tomadas por la Federación Rusa fueron desproporcionadas y expropiatorias de los derechos del inversionistas.

Si bien es cierto, la proporcionalidad negativa fue mencionada sin que se hicieran mayores elucubraciones sobre la misma, en el conjunto del razonamiento, tanto en el análisis del TJE como de la expropiación indirecta, estamos en un escenario de análisis de la proporcionalidad de la medida, no sólo porque es mencionada dentro de los argumentos presentados, sino también porque se analizan elementos de su contenido, tales como la relación entre la medida y el fin perseguido, así como la reacción del Estado ante la supuesta vulneración de las obligaciones fiscales de los inversionistas internacionales. De todas formas, estamos ante un análisis menos deferente del que habitualmente hacen los tribunales de arbitraje.

En la decisión *Blusun v. Italia*¹³⁶⁴, después de analizar el objetivo público perseguido analizó el daño causado al inversionista con el cambio legislativo concluyendo que el cambio no causó un daño desproporcionado a sus inversiones y por tanto a sus expectativas legítimas. En efecto, se estableció un estándar control de proporcionalidad de las medidas que modifican el marco legislativo con base en el cual se hizo una inversión internacional, que compromete las expectativas de los inversionistas, y en donde no existía un compromiso previo de estabilidad jurídica. Para el Tribunal, el estudio de la proporcionalidad en estos casos debe comenzar por revisar que la medida “*is not disproportionate to the aim of the legislative amendment*”¹³⁶⁵, y luego analizar si “*have due regard to the reasonable reliance interests of recipients who may have committed substantial resources on the basis of the earlier regime*”¹³⁶⁶. En efecto, el Tribunal comienza el análisis de la proporcionalidad negativa con el estudio del Decreto *Romani*, y el Decreto de la Cuarta Cuenta de Energía, acusados por el demandante de haber cambiado el marco regulatorio con base en el cual llevó a cabo sus inversiones en Italia.

¹³⁶⁴ CIADI, laudo del 27 de diciembre de 2016, en el asunto: *Blusun S.A. Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein Vs Italian Republic*, No. ARB/14/3.

¹³⁶⁵ Párrafo 319 (5).

¹³⁶⁶ *Ibidem*.

El Tribunal analizó el objetivo público perseguido. Para el Tribunal, el Decreto bajo estudio implementó en Italia la directiva de la UE No. 2009/28, con base en la cual, “*Member States were required to ‘bring into force the laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with this Directive by 5 December 2010’*”¹³⁶⁷. Así mismo señaló: “*One major aim of the legislation was to impose a cumulative cap on incentives, in view of their success in attracting investment*”¹³⁶⁸. Luego consideró que el Decreto, conocido como Cuarta Cuenta de Energía, simplemente regulaba con detalle lo contemplado en el Decreto *Romani*, específicamente las tarifas de alimentación aplicable a Plantas fotovoltaicas no cubiertas por la Tercera.

Para el Tribunal: “*the Romani Decree and the Fourth Energy Account, taken overall, were not disproportionate, did not violate specific commitments made to the promoters of PV plants, and did not breach Article 10(1), first sentence, of the ECT*”¹³⁶⁹. Para llegar a esta conclusión, el tribunal consideró que, los límites en el uso de tierras agrícolas fueron motivados por preocupaciones de planificación rural válida¹³⁷⁰, la medida contribuyó a la seguridad jurídica del sector de energía¹³⁷¹; el período de gracia otorgado para la implementación de la medida fue razonable¹³⁷², los criterios con base en los cuales se calificaba la conexión a la red, así como el principio de tarifas se mantuvieron garantizados por un periodo amplio, es decir, veinte años¹³⁷³, y también consideró que:

“(a) The reduction in FITs was quite substantial, but was not in itself crippling or disabling. Moreover, it was a response to a genuine fiscal need, given the large take-up under the earlier Energy Accounts (b) The reduction in incentives was proportionately less than the reduction in the cost of photovoltaic technology during 2010, and left Italian subsidy levels higher than those in Germany, France and Spain”¹³⁷⁴.

Es decir que, al mismo tiempo que el Tribunal afirmó que la medida correspondía con el objetivo perseguido por la enmienda legislativa, consideró los intereses de expectativas razonables de los destinatarios con la medida. Para el Tribunal, la medida no comprometió de forma sustancial las inversiones, con base en el cambio regulatorio. De hecho, en medio del análisis de la supuesta existencia de una expropiación indirecta a los intereses del

¹³⁶⁷ Párrafo 331.

¹³⁶⁸ Párrafo 340.

¹³⁶⁹ Párrafo 343.

¹³⁷⁰ Literal (h) del párrafo 342.

¹³⁷¹ Literal (g), *ibidem*.

¹³⁷² Literal (e), *ibidem*.

¹³⁷³ Literales (d) y (c), *ibidem*.

¹³⁷⁴ Párrafo 342.

inversionista, el Tribunal consideró que “*Blusun had no right or legitimate expectation to the enhanced value of the land on the footing that the Project would succeed*”¹³⁷⁵, para afirmar su argumento, el tribunal analizó la existencia de un daño sobre las inversiones con la compra del terreno en el que estaba desarrollando el proyecto de inversión, y consideró que “*the value to be attributed to the land is the value it continued to have -i.e. the value of unimproved agricultural land as at the date of the Romani Decree. That value did not change: since any additional losses were at the Claimants’ own risk*»¹³⁷⁶.

Con base en lo anterior, el Tribunal al analizar la vulneración del estándar de TJE, reafirmó que:

*“In the absence of a specific commitment, the state has no obligation to grant subsidies such as feed-in tariffs, or to maintain them unchanged once granted. But if they are lawfully granted, and if it becomes necessary to modify them, this should be done in a manner which is not disproportionate to the aim of the legislative amendment, and should have due regard to the reasonable reliance interests of recipients who may have committed substantial resources on the basis of the earlier regime. These considerations apply even more strongly when the context is subsidies or the payment of special benefits for particular economic sectors”*¹³⁷⁷.

Es decir que, el análisis de la ‘desproporción’ se hace en dos partes. Primero, se deberá verificar la relación entre la medida de cambio legislativo y el fin que pretende alcanzar, y en segundo lugar, la relación entre la medida de cambio legislativo y el supuesto daño causado a los intereses que se ven comprometidos con la reforma.

En la decisión *BayWare y otro v Spain*¹³⁷⁸, el tribunal consideró analizar “(4) *were the changes of 2013-14 disproportionate to the legitimate aim of the legislative amendments*”¹³⁷⁹. Luego de hacer referencia a la proporcionalidad, tal como fue desarrollada en *Blusun v Italia*, el tribunal consideró necesario evaluar la proporcionalidad del cambio en los acuerdos financieros. El tribunal comenzó con el estudio del objetivo público perseguido. Dejó entrever la existencia de un objetivo público legítimo cuando advirtió que: “*As to the aim of the Disputed Measures, the primary reason given, then and now, was to address the deficit on the tariff account of the SES (as to which see Section IV(G) above). This had already been de-*

¹³⁷⁵ Párrafo 407.

¹³⁷⁶ Párrafo 408.

¹³⁷⁷ Párrafo 372.

¹³⁷⁸ CIADI. Laudo del 2 de diciembre de 2019, en el asunto *Baywa R.E. Renewable Energy GmbH And Baywa R.E. Asset Holding GmbH v Kingdom of Spain*. No. ARB/15/16.

¹³⁷⁹ Párrafo 463.

clared to be ‘unsustainable’ in the preamble to RD 6/2009”¹³⁸⁰. Sin embargo, no continuó el razonamiento de proporcionalidad que parecía haber comenzado, aduciendo en el párrafo siguiente que:

*“In the Tribunal’s view, the growing deficit on the energy account was, and was known to be, unsustainable. But it is not for the Tribunal to second guess reasonable measures taken to address the deficit (including measures affecting existing plants), to propose alternative policies that could have been adopted, or to weigh up for itself the competing demands of generators and consumers. If the measures were ‘not disproportionate to the aim of the legislative amendment, and [had] due regard to the reasonable reliance interests of recipients who may have committed substantial resources on the basis of the earlier regime’ they would be consistent with the FET standard in Article 10.1. Applying that standard, it is necessary to differentiate between different aspects of the Disputed Measures”*¹³⁸¹.

Si bien el tribunal había considerado que: *“in all but one respect (the claw-back of benefits already paid) the Disputed Measures were not disproportionate, given the circumstances in which they were imposed”*¹³⁸². No se hizo una presentación de argumentos explícitos o un juicio de ponderación implícito en que quedara clara la posición del tribunal respecto del contenido y alcances de la proporcionalidad.

En la decisión *Soles bajadoz v Spain*¹³⁸³, siguiendo el razonamiento contenido en *Charanne*, el tribunal consideró la relación entre la medida estatal y el fin perseguido, como parte del análisis de las expectativas legítimas y por tanto del estándar de TJE¹³⁸⁴. En cuanto al primer grupo de medidas acusadas de vulnerar las expectativas del inversionista, el tribunal consideró que *“these measures on investors cannot be described as disproportionate to the policy objectives of those measures, i.e., the reduction of the tariff deficit. There is a clear correlation between those objectives and the measures and, in that sense, the First Set of Disputed Measures cannot be characterized as unreasonable”*¹³⁸⁵. En relación con el segundo grupo, luego de analizar la evidencia, el tribunal concluyó que: *“(…) the Second Set of Disputed Measures was disproportionate in that the severity of the impact of those measures on the value of Claimant’s investment exceeded that which a prudent investor could have rea-*

¹³⁸⁰ Párrafo 479.

¹³⁸¹ Párrafo 480.

¹³⁸² Párrafo 463.

¹³⁸³ CIADI, laudo del 31 de julio de 2019, en el asunto: *Soles badajoz GMBH vs Kingdom of Spain*. No.ARB/15/38.

¹³⁸⁴ Párrafo 450 y 451.

¹³⁸⁵ Párrafo 451.

sonably anticipated in light of the stability that inhered in the Original Regulatory Regime, even taking into account Spain's need to address its tariff deficit”¹³⁸⁶.

De acuerdo con todo lo anterior, la proporcionalidad hace parte del análisis del estándar de TJE y de la expropiación indirecta, con grados distintos de análisis. Sin embargo, los alcances con los que ha sido aplicada la noción de proporcionalidad no paran allí. En algunos pocos eventos, los tribunales han profundizado su análisis de proporcionalidad haciendo alusión de forma un poco más detallada al carácter razonable o incluso la proporcionalidad stricto sensu en la relación entre la medida estatal y el fin público perseguido.

§2- Estudio más profundo de la relación entre los medios y los fines

Tanto en el test europeo como en el estándar de proporcionalidad en materia de contramedidas internacionales, la proporcionalidad adquiere un nivel de intensidad más alto siempre que se va más allá de un control de adecuación o de proporcionalidad cualitativa, con algunas variaciones. En el test europeo hacemos referencia a la necesidad de la medida en relación con el fin perseguido, así como a la proporcionalidad stricto sensu o balance entre los intereses en contra. En cambio, en el derecho de contramedidas a una relación de proporcionalidad entre la reacción y la acción ilícita. « *Elle implique un rapport raisonnable soit entre la gravité d'une violation du droit et la réponse à cette violation, soit entre le moyen employé et le but recherché. Il s'agit ici d'une mise en balance directe en relation au «poids» d'un acte et de la réponse à cet acte (proportionnalité quantitative) (...) C'est la proportionnalité la plus intuitive, celle qui ne se laisse définir que par approximations. Elle domine le droit des contre-mesures ou de la légitime défense, mais est connue aussi d'autres branches du droit international* »¹³⁸⁷.

En el derecho internacional de inversiones, encontramos varios autores que consideran la razonabilidad como parte de ese estudio de la relación entre los medios y los fines. « *In the context of investment treaty arbitration, reasonableness can be conceived as a tool for delimiting and defining the role of the three relevant actors : the host state and the investor in one hand, and the adjudicators in the other* »¹³⁸⁸ También se considera la proporcionalidad y la

¹³⁸⁶ Párrafo 462.

¹³⁸⁷ KOLB, op.cit., p. 385.

¹³⁸⁸ VADI, Valentina, op.cit., p. 211.

razonabilidad como estándares de control arbitral que comparten elementos en la práctica « *both test require a reasoned analysis from the decision-maker and the adjudicators. Both test essentially entail « a value judgement about an act of sovereignty, wich in turns begs the question »*¹³⁸⁹. Además, como la proporcionalidad, “*the concept of reasonableness may be understood as a search of equilibrium and appears to require a balancing of divergent interest*”¹³⁹⁰.

En vista de los varios contenidos y alcances que puede adquirir la proporcionalidad, es necesario revisar en la práctica, la manera en que se hace actualmente ese análisis de la relación entre los medios y los fines. Al respecto, encontramos ejemplos en los que los TAIIE se refieren al carácter razonable y necesario de la relación entre medios y fines (A) y otros ejemplos con diferentes alcances respecto de la proporcionalidad *stricto sensu* (B).

A. El carácter razonable y necesario en la relación entre los medios y los fines

En algunas decisiones, los tribunales se refieren a la razonabilidad o adecuación de la medida, de forma expresa, que tal como hemos advertido en otros capítulos ha sido asimilada a la noción de proporcionalidad¹³⁹¹. Por ejemplo, en el caso de la decisión *Windstream v Canadá*¹³⁹², en donde el tribunal, se concentró en la relación de razonabilidad entre el fin perseguido y la medida acusada de vulnerar los derechos del inversionista¹³⁹³.

En efecto, en medio del estudio del TJE, el tribunal hizo un estudio más factico que jurídico, condenando al Estado anfitrión bajo el siguiente razonamiento:

“the Government did little to address the legal and contractual limbo in which Windstream found itself after the imposition of the moratorium.(...) Nonetheless, the Government failed to clarify the situation, either by way of promptly completing the required scientific research and establishing the appropriate regulatory framework for offshore wind and reactivating Windstream’s FIT Contract, or by amending the relevant regulations so as to exclude offshore wind altogether as a source of renewable energy and terminating Windstream’s FIT

¹³⁸⁹ VADI, Valentina. Op.cit, p. 225.

¹³⁹⁰ HENCKELS, op.cit. p. 116.

¹³⁹¹ Ver capítulo 4, *supra*.

¹³⁹² CPA. Laudo proferido bajo las reglas CNUDMI de 2010, del 27 de septiembre de 2016, en el asunto *Windstream Energy Llc v Government Of Canada*.

¹³⁹³ Párrafo 380.

Contract in accordance with the applicable law”¹³⁹⁴. “The Tribunal concludes that the failure of the Government of Ontario to take the necessary measures, including when necessary by way of directing the OPA, within a reasonable period of time after the imposition of the moratorium to bring clarity to the regulatory uncertainty surrounding the status and the development of the Project created by the moratorium, constitutes a breach of Article 1105(1) of NAFTA”¹³⁹⁵.

Con base en lo anterior, es posible concluir que, por una parte, existe un juicio que se aproxima a la idea de un comportamiento desproporcionado por parte del Estado y así mismo, que no se tomaron las medidas adecuadas, o razonables que se requerían en este caso, de cara a los derechos del inversionista.

Así mismo, en la decisión *Vestey v Venezuela*¹³⁹⁶ si bien se advierte que se hará un estudio deferente de la medida estatal, se hizo un análisis profundo de la misma, no sólo del fin público que perseguía, sino también de la medida alternativa que pudo haber tomado el Estado anfitrión. En efecto, *“The Tribunal must thus first assess whether there existed a public purpose. It concurs with the Respondent that for purposes of this assessment states deserve broad deference. In the words of the LIAMCO tribunal, the state is “free to judge for itself what it considers useful or necessary for the public good”. International tribunals should thus accept the policies determined by the state for the common good, except in situations of blatant misuse of the power to set public policies”¹³⁹⁷*. Más adelante, respecto de la medida alternativa :

“Another justification advanced by Venezuela for the takeover of Agroflora was the need to guarantee wider public access to Vestey’s genetically superior cattle. The fact shows, however, that Vestey regularly sold its purebred cattle and semen of high genetic quality to local producers. There is no evidence that after the expropriation the government increased the purebred cattle sales or decreased its sales price. To the contrary, the record suggests that under the government’s control Agroflora sold purebred cattle at higher than regulated prices.²⁷² In any event, if the government indeed aimed at wider public access to Agroflora’s purebred cattle, measures lighter than expropriation were available. The government could for instance have adopted a regulation obliging Agroflora to increase the sales of purebred cattle or semen and/or to lower the prices”¹³⁹⁸

Párrafo seguido, se adentró en un análisis del acervo probatorio y del debido proceso que debió respetarse al inversionista, sin mayores explicaciones. De manera que, a pesar de que se hace referencia al carácter razonable, adecuado o necesario de la medida en relación

¹³⁹⁴ Párrafo 379.

¹³⁹⁵ Párrafo 380.

¹³⁹⁶ CIADI. Laudo del 15 de abril de 2016, en el asunto: *Vestey Group Limited Bolivarian v Republic Of Venezuela*. No. ARB/06/4.

¹³⁹⁷ Párrafo 294.

¹³⁹⁸ Párrafo 298.

con el fin perseguido, los argumentos presentados por los TAIIE no nos dan más luces respecto al alcance que han considerado sobre este tema debería tenerse en cuenta.

Ahora bien, respecto al uso de la proporcionalidad *stricto sensu*, encontramos variados alcances en el razonamiento arbitral, dentro de un uso aún restringido de la proporcionalidad.

B. Control de la proporcionalidad ‘*stricto sensu*’ o *balancing*

En la decisión *Marfin v Cyprus*¹³⁹⁹, luego de determinar que la medida efectivamente correspondía con el ejercicio del poder regulatorio de Chipre y que fue tomada con el fin de proteger un objetivo público¹⁴⁰⁰, el tribunal reconoció la necesidad de hacer una ponderación de los intereses encontrados¹⁴⁰¹. Pues bien dicho análisis de ponderación o ‘*balancing*’ fue llevado a cabo en un párrafo, así:

“In the case before the Tribunal, the competing interests at stake were Cyprus’ interest in protecting the safety and soundness of its banking sector, the interests of depositors and of taxpayers at large against the risk that one of the two systemic banks in the country would be unable to meet its financial commitments and would become bankrupt, and Claimants’ interest to continue managing Laiki. The Tribunal finds that the removal of management satisfies the condition of proportionality and that Claimants were not made to bear an excessive burden. Claimants were not deprived of the ownership of their shares in the Bank, of their right to have representatives as members of the Board of Directors (Messrs. Foros, Theocharakis and Kounnis continued to serve on the Board until Laiki’s recapitalization) or of their attendant right to vote in the General Shareholders’ meeting or to collect dividend, if such were to be distributed. The limitation imposed on their ownership rights was thus proportionate to the aim sought to be achieved, i.e., the protection of depositors against the disorderly bankruptcy of Laiki and of the taxpayers against the risk of insolvency of the State were the State to be called upon to support guaranteed deposits”.

Con base en el anterior razonamiento, el tribunal concluyó que las medidas tomadas por el Estado anfitrión representaban un ejercicio legítimo de los poderes de regulación y no se equiparaban a una expropiación¹⁴⁰².

En la decisión *United Utilities y otros v Estonia*¹⁴⁰³, el tribunal consideró que era necesario llevar a cabo un juicio de ponderación en el acápite denominado: “3) *A Necessary*

¹³⁹⁹ CIADI, laudo del 26 de julio de 2018, en el asunto: *Marfin Investment Group Holdings S.A., Alexandros Bakatselos and others vs. Republic of Cyprus*, No. ARB/13/27.

¹⁴⁰⁰ Párrafos 901 a 983.

¹⁴⁰¹ Párrafo 983.

¹⁴⁰² Párrafo 985.

Balance between the Investor's Expectations and the State's Right to Regulate"¹⁴⁰⁴. En efecto, el tribunal desarrolló su razonamiento de proporcionalidad *stricto sensu*, con base en los siguientes criterios: a) El propósito y objetivos de la privatización¹⁴⁰⁵; b) El contexto más amplio de la privatización de ASTV¹⁴⁰⁶; c) La naturaleza de los acuerdos de privatización y la capacidad en la que la ciudad de Tallin intervino en estos actos¹⁴⁰⁷; d) Los términos de los acuerdos de privatización y El estado del Plan de negocios de 2001¹⁴⁰⁸. El Tribunal concluyó que: *"In sum, the Tribunal finds that Claimants have failed to demonstrate that they could held any legitimate expectations based on post-privatisation events protected under the Treaty"*¹⁴⁰⁹.

En la decisión *Mamidoil v Albania*¹⁴¹⁰, el tribunal consideró la necesidad de un *balancing*, en el estudio del estándar de TJE. Para el tribunal, *"put differently, the standard is addressed to both the State and the investor. Fairness and equitableness cannot be established adequately without an adequate and balanced appraisal of both parties' conduct"*¹⁴¹¹. En dicho análisis tuvo en cuenta la crisis política y económica de Albania¹⁴¹²; la conducta del inversionista antes y durante la inversión¹⁴¹³, los hechos probados en el procedimiento¹⁴¹⁴, los argumentos presentados por las partes¹⁴¹⁵. Con base en lo anterior el tribunal concluyó que:

*"The Tribunal holds that it was within the realm of Respondent's sovereign power to adopt the Land Use Plan for Durres, change the zoning regulations and prohibit the unloading of petroleum cargo. The measures pursued a legitimate objective of public policy, were carried out in a transparent way, were proportionate and not arbitrary, and did not lead to unreasonable instability, as developed below"*¹⁴¹⁶.

¹⁴⁰³ CIADI. Laudo del 21 de junio de 2019, en el asunto: United Utilities (Tallinn) B.V. ; Aktsiaselts Tallinna Vesi v. Republic of Estonia. No. ARB/14/24.

¹⁴⁰⁴ Párrafos 588 y ss.

¹⁴⁰⁵ Párrafos 611 a 619

¹⁴⁰⁶ Párrafos 619 a 630

¹⁴⁰⁷ Párrafos 630 a 654

¹⁴⁰⁸ Párrafos 654 a 711

¹⁴⁰⁹ Párrafo 761.

¹⁴¹⁰ CIADI. Laudo del 30 de marzo de 2015, en el asunto: *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v Republic of Albania*. No. ARB/11/24

¹⁴¹¹ Párrafo 634.

¹⁴¹² Párrafos 623 a 625.

¹⁴¹³ Párrafo 630 a 634.

¹⁴¹⁴ Párrafos 635 a 649

¹⁴¹⁵ Párrafo 650.

¹⁴¹⁶ Párrafo 657.

En la decisión *Novenergia II v Spain*¹⁴¹⁷, “*The Tribunal agrees with the Respondent that an assessment of the Respondent's actions under the FET standard allows for a balancing exercise*”¹⁴¹⁸. Después de tener en cuenta varias decisiones en las que se reafirma la necesidad de una ponderación, al interior del análisis del estándar de TJE, también tuvo en cuenta lo contenido en las decisiones *Charanne, Eiser e Isolux*, en relación con las condiciones en las que el cambio del marco legislativo vulnera las expectativas legítimas del inversionista. En cuanto a las medidas tomadas en el año 2013 y 2014, el tribunal consideró que fueron radicales e inesperadas. Además, las medidas impugnadas adoptadas en 2013 y 2014 tuvieron un efecto económico perjudicial significativo en las inversiones de la Demandante, de acuerdo con lo probado en el procedimiento arbitral¹⁴¹⁹. Con base en lo anterior, el tribunal tuvo en cuenta los intereses en conflicto, decantándose por el daño económico causado a los inversionistas, con lo cual consideró que las medidas implementadas en 2013 y 2014 vulneraron las expectativas legítimas del inversionista y en consecuencia el estándar de TJE¹⁴²⁰. De acuerdo con lo antes expuesto, se puede inferir que el tribunal llevó a cabo un ejercicio de balancing que lo llevó a decantarse por los intereses del inversionista. Sin embargo, además de las afirmaciones antes expuestas, no se otorgan detalles de esa ponderación mencionada.

En la decisión *CEF Energia v Italia*¹⁴²¹ se hizo referencia expresa a la ponderación de intereses, dentro del estudio de las expectativas legítimas y, por tanto, de la supuesta vulneración al TJE¹⁴²². Estamos ante una proporcionalidad positiva implícita. Luego de reconocer la necesidad de hacer un pesaje y ponderación de los intereses encontrados¹⁴²³, el tribunal hizo la ponderación a favor del inversionista así:

“The Tribunal is at pains to also observe that Respondent’s three Spalmaincentivi options are not, in of themselves, an unreasonable measure. The sustainability of the incentive system for PV producers and other valuable objective of general interests were at stake, and it can readily be appreciated that the dignity which attaches to sovereigns must be given deference, though that is not infinite when balanced against a combination of international obliga-

¹⁴¹⁷ ICCE. Laudo del 15 de febrero de 2018, en el asunto *NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, v. The Kingdom of Spain*. No. SCC Arbitration (2015/063).

¹⁴¹⁸ Párrafo 657.

¹⁴¹⁹ Párrafo 695 y 696.

¹⁴²⁰ Párrafo 697.

¹⁴²¹ Tribunal *ad-hoc*, constituido en Estocolmo, Suecia. Laudo del 16 de enero de 2019, en el asunto: *CEF Energia B.V. v. The Italian Republic*. No. SCC Arbitration V (2015/158)

¹⁴²² Párrafo 237.

¹⁴²³ Párrafo 237.

tions freely assumed and, further, fact-specific circumstances of the extent of commitments given to investors »¹⁴²⁴.

A pesar de los intentos por poner de presente la necesidad de una ponderación, *balancing* o proporcionalidad *stricto sensu*, y que encontramos variedad al respecto, los TAIE no han desarrollado un test de proporcionalidad explicado y justificado, de manera que el uso de la proporcionalidad en estos casos sigue estando limitada a una baja intensidad. Lo antes visto pone de presenta la variedad en la fuerza que ha adquirido la proporcionalidad dentro de la revisión de la medida estatal, su carácter mutable, volátil, variable también está presente en el análisis de los niveles de intensidad en su uso actual.

¹⁴²⁴ Párrafo 240. El razonamiento sigue en el mismo sentido en los párrafos 241 a 243.

Conclusión del Capítulo

Si bien es cierto, no existe uniformidad metodológica, en la manera en que los TAIIE han abordado la revisión de las medidas estatales, se observa una tendencia hacia el control deferente de las decisiones, acusadas de vulnerar los derechos del inversionista y así mismo un bajo nivel de intensidad generalizado en materia de proporcionalidad.

Ahora bien, a pesar del uso restringido de la noción, encontramos distintas formas en que se ha abordado la proporcionalidad. Por una parte vemos como el análisis de proporcionalidad parece ser fuerte pero se limita con base en la advertencia de un tratamiento deferente o un margen de apreciación aplicado; así mismo, casos en los que se menciona la proporcionalidad sin otra explicación o justificación, o bien, el análisis se justifica en lo probado en el procedimiento y no en un razonamiento jurídico que nos muestre el contenido y alcance de la proporcionalidad en el caso bajo estudio. Así mismo, desde un nivel menos restrictivo, algunos tribunales han ahondado de forma indirecta y directa en la motivación de la decisión hasta en el control de adecuación de la decisión estatal, y en otros casos, se pretende un análisis más profundo respecto de la razonabilidad o ponderación de intereses. En cuanto a la proporcionalidad implícita, si bien no es posible determinar los niveles de intensidad en el uso de un estándar o noción que no es mencionada de forma expresa, si observamos distintos grados de escrutinio de las decisiones estatales.

En medio de esto, el análisis llevado a cabo por los TAIIE nos muestra algunos elementos de un juicio de la proporcionalidad, bien sea en su versión positiva (razonabilidad y balancing) o bien negativa (arbitrariedad, irrazonabilidad). Si bien es cierto, el lugar que ocupa la noción de proporcionalidad implícita está delimitado, es posible advertir algunos casos en los que los tribunales despliegan un mayor desarrollo de la argumentación, alrededor de la noción de proporcionalidad, que en otros. Tal como vimos, a pesar de la baja intensidad en la aplicación de la proporcionalidad, el uso de esta noción es dinámico, pasando de un uso más restrictivo a uno menos restrictivo. Lo anterior debería interpretarse como una fortaleza y no como una debilidad, en la medida en que deja ver el potencial evolutivo de esta noción hacia un estatus jurídico más satisfactorio.

En lo que respecta a la intensidad en el uso de la noción explícita e implícita de proporcionalidad, a pesar de las pocas luces doctrinales, encontramos un escenario común con la revisión de las medidas estatales por parte de los TAIIE. En ambos casos, estamos ante la confrontación entre una obligación contenida en el TBI y el comportamiento del Estado anfitrión, generalmente plasmado en, al menos, una medida estatal. En medio de esa confrontación, el tribunal de arbitraje debe revisar la medida acusada de vulnerar los derechos del inversionista internacional. Si bien es cierto que, la proporcionalidad no es el único instrumento con el que los TAIIE pueden hacer la revisión de la medida estatal; siempre que se analicen los niveles de intensidad con los que se aplicó la proporcionalidad, estaremos teniendo en cuenta, también, la intensidad en la revisión de la medida estatal. De manera que, el tipo de razonamiento llevado a cabo por el tribunal, para analizar la medida estatal, incidirá en la identificación de los niveles de intensidad con los que haya sido aplicada la noción de proporcionalidad. *“We should therefore conceive of two parallel principles in operation: a substantive principle of proportionality (...) and a formal principle of intensity of review, which requires the seriousness of prima facie rights-infringement to be matched by decreasing judicial deference and restraint”*¹⁴²⁵.

¹⁴²⁵ RIVERS, Julian. "Proportionality and Variable Intensity of Review." *Cambridge Law Journal*, vol. 65, no. 1, 2006, p. 174-207 p. 177.

Conclusiones del Título III

La implementación del estándar de proporcionalidad, en la solución de diferencias del derecho internacional económico, pone de presente los debates, aún vigentes, respecto de la variedad de intensidades con la que se hace el control de las medidas estatales, a nivel internacional. Así mismo, nos hace cuestionarnos sobre el rol del árbitro y de los órganos jurisdiccionales en la manera en que se presenta el razonamiento jurisdiccional que sirve de base para la solución de la disputa. Así mismo, la interacción entre, por una parte, el poder de control de los órganos jurisdiccionales y el poder de regulación de los Estados. Por otra parte, el equilibrio necesario entre los deberes de los Estados y los deberes de otros sujetos internacionales, en sus relaciones sobre comercio e inversiones.

A pesar de todo ello, el control de proporcionalidad presenta un escenario común con el control de las medidas estatales, por parte del OSD y los TAIIE. En ambos contextos, estamos ante la confrontación entre una obligación contenida en el Acuerdo o Tratado comercial y el comportamiento del Estado, generalmente concretizado, en, al menos, una medida estatal. En medio de esa confrontación, el órgano jurisdiccional debe revisar la medida acusada por la supuesta vulneración que causó a los derechos económicos internacionales. Si bien es cierto que, la proporcionalidad no es el único instrumento con el que los órganos jurisdiccionales pueden controlar la acción estatal, siempre que se analicen los niveles de intensidad con los que se ha aplicado la proporcionalidad, también se deberá tener en cuenta la intensidad con la que se hace el control de la medida estatal. De manera que, el tipo de razonamiento que realice el tribunal, para controlar la medida estatal, incidirá en la intensidad con la que se hará el control de proporcionalidad. Por tanto, deberíamos concebir, al mismo tiempo, un principio sustantivo de proporcionalidad y un principio formal de intensidad en el control o estándar de revisión.

Así las cosas, el estándar de proporcionalidad está en constante movimiento y su presencia en variados escenarios y con distintas intensidades de control jurisdiccional, dan cuenta de su potencial evolutivo, en el derecho internacional económico.

TÍTULO IV - LAS FUNCIONES DE LA PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO

Hasta aquí, hemos intentado mostrar que, la proporcionalidad es un estándar jurídico poliédrico con potencial de evolución en el derecho internacional económico. En las líneas que siguen, revisaremos ¿para qué se utiliza la proporcionalidad? Dicho de otra manera, cuál es su rol en el derecho internacional económico? Los autores que se han cuestionado sobre el tema, tanto en el derecho interno como, en el derecho internacional coinciden en los siguientes puntos. En primer lugar, es un medio para regular el razonamiento jurisdiccional. En efecto, la ponderación hace parte de los poderes implícitos de los jueces y árbitros, de manera que, así sea, dentro del control de legalidad, la proporcionalidad puede servir de guía en la solución de conflictos. En segundo lugar, es un medio para control de la discrecionalidad estatal en términos de normatividad y normalidad. Es decir que, así no se contemple la exigencia explícita de un análisis de proporcionalidad, el órgano jurisdiccional que aplica la proporcionalidad en su análisis, está revisando los límites a comportamientos antijurídicos o indebidos del Estado. En tercer lugar, es un medio para apreciar la relación entre los medios y los fines. De hecho, así se utilice el test de proporcionalidad, o la proporcionalidad propia del derecho de las contramedidas, la proporcionalidad cumple con la función de controlar la relación entre la medida estatal y, el fin público perseguido o el objetivo público legítimo, bien sea desde la perspectiva cuantativa o cualitativa, o bien desde el estudio de la necesidad, la adecuación o la razonabilidad. Las anteriores funciones también han sido implementadas por el principio de proporcionalidad en el derecho internacional económico.

Sin embargo, el rol de la proporcionalidad no se limita a las funciones tradicionales que también cumple en otras áreas jurídicas. La implementación de este estándar en el derecho internacional económico también da cuenta de una serie de funciones más globales, en la relación del DIE con otras áreas del derecho público. Así las cosas, hemos distinguido las diversas funciones en dos grupos. Por una parte, las que permiten mejorar el razonamiento jurisdiccional (**Capítulo 7**). Por otra parte, las que son de carácter sistémico en el derecho internacional económico (**Capítulo 8**).

Capítulo 7– Las funciones técnicas en el razonamiento jurisdiccional

En sentido amplio, la técnica jurídica puede entenderse como el conjunto de procedimientos, formas, sistemas, vocablos, etc. que aseguran el buen funcionamiento del derecho¹⁴²⁶. Del estudio de la normativa procedimental de la OMC y del arbitraje en inversiones internacionales con el Estado, así como de la práctica arbitral reciente¹⁴²⁷, podemos deducir que el procedimiento para la toma de decisiones responde, en ambos casos, a una estructura silogística similar al razonamiento llevado a cabo por otros Tribunales y Cortes a nivel internacional¹⁴²⁸, es decir, el control de legalidad de los Acuerdos y Tratados que comienza por el establecimiento de los hechos; luego, la interpretación de las disposiciones alegadas como vulneradas por el reclamante, después, la calificación de los hechos en función de la regla interpretada ó calificación jurídica de los hechos, y finalmente la decisión tomada con base en las operaciones precedentes¹⁴²⁹.

Como es bien sabido, el principio de proporcionalidad, desarrollado por Robert Alexy, pareciera ser incompatible con el silogismo lógico-deductivo, de hecho, pretende ser una estructura lógica alternativa para la conciliación de intereses, derechos y/o principios. Es decir que la proporcionalidad es planteada como la metodología a partir de la cual el juez o árbitro soluciona el conflicto, sin acudir al tradicional silogismo positivista. Sin embargo, en la solución de conflictos de la OMC y en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado, la proporcionalidad sí ha sido aplicada como un estándar jurídico aceptado tanto en las reglas convencionales como en la práctica decisonal reciente, dentro del análisis interpretativo de las disposiciones convencionales y/o estándares internacionales de derecho comercial y de inversiones internacionales. De allí que se pueda afirmar que la proporcionalidad cumple con la función técnica de interpretación de los tratados económicos internacionales (Sección 1). Además, de acuerdo con lo que presenta la doctrina y prácticas recientes, la proporcionalidad,

¹⁴²⁶ GARRONE José Alberto, *Diccionario jurídico Abeledo-Perrot*, tomo III, P-Z; Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 488 y ss. Ver también: ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique, de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Stoiy-Scienica, 1988, pp. 412 y ss.

¹⁴²⁷ Nos referimos a los laudos de los tribunales de arbitraje internacional de inversiones con el Estado, de acceso público, así como las decisiones del OSD de la OMC, a partir de 2014.

¹⁴²⁸ Cabe anotar que existen críticas a la efectiva aplicación de un silogismo lógico deductivo en todas sus partes y siguiendo el mismo esquema de su versión original. Al respecto ver: «Título II. L'illusion du syllogisme», in SALMON, Jean. *Droit international et Argumentation*, Collection de Droit International, Editions Bruylant, 2014, 497 p., pp. 10-14.

¹⁴²⁹ SALMON Jean, «Le fait dans l'application du droit international», in *R.C.A.D.I.*, tomo 175, numero 11, 1982, p. 269.

aunque de forma menos ostensible, también cumple con una función latente de justificación de las decisiones (Sección 2).

Sección 1. Un instrumento en la apreciación fáctico-jurídica de la regla convencional

El ordenamiento mundial depende del respeto a los tratados y convenios internacionales firmados por los Estados. Sin embargo, es posible encontrar dificultades en la interpretación de los mismos, algunas veces tan graves que logran desestabilizar las relaciones internacionales. Con base en lo anterior, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, en adelante -CVDT-, contempla una serie de pautas a seguir en la interpretación de los tratados internacionales, normativa dirigida tanto a los Estados y las organizaciones internacionales, como a los encargados de dirimir diferencias o conflictos internacionales¹⁴³⁰. La interpretación de los tratados “suele ser definida por la doctrina de los publicistas como una operación intelectual que tiene como fin determinar el verdadero sentido y alcances de las normas jurídicas internacionales contenidas en estos instrumentos, aclarando los aspectos oscuros o ambiguos que tales disposiciones puedan contener. En este sentido, la interpretación busca comprender el tratado y el sentido que las partes quisieron darle”¹⁴³¹.

Sin ánimo de adentrarnos en un estudio exhaustivo del derecho de los tratados internacionales, observamos que la interpretación es un ejercicio holístico, con base en métodos y criterios propuestos por los artículos 31 y 32 de la CVDT, privilegiando la interpretación textual¹⁴³². El numeral 1 del artículo 31 codifica la "regla general" de interpretación de los tratados, cuando advierte: “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”¹⁴³³. Es decir, que esta regla general incluye tres

¹⁴³⁰ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, United Nations - Treaty Series a Nations Unies - Recueil des Traités 1980, Vol. 1155,1-18232, p. 451. Disponible en: <https://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/glossary/vienna-convention-es.pdf>.

¹⁴³¹ NOVAK TALAVERA, Fabián, “Los criterios para la interpretación de los tratados”, *Revista de Derecho THEMIS*, vol. 63, pp. 71-88, p. 72.

¹⁴³² VILLIGER, Mark. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Boston: Martinus Nijhoff. 2009. p. 436.

¹⁴³³ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, *loc.cit.* p. 451. Disponible en: <https://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/glossary/vienna-convention-es.pdf>

tipos o escuelas de interpretación: la interpretación literal, sistemática o contextual, y la interpretación teleológica de los tratados internacionales¹⁴³⁴.

La interpretación literal es el punto de partida de cualquier interpretación legal porque la redacción utilizada por los Estados partes refleja mejor cómo entienden y quieren aplicar las disposiciones del tratado¹⁴³⁵. Es importante tener en cuenta que, si las partes han formulado la redacción de manera general y abierta, se puede suponer que este término, a menos que se indique lo contrario, debe interpretarse a la luz del derecho internacional general y debe incluir los cambios posteriores del derecho internacional dentro del ámbito del significado del término¹⁴³⁶. La interpretación teleológica pretende determinar el objeto y el fin que tenían los Estados partes cuando celebraron el acuerdo, sin que esto cambie el sentido que podría obtenerse de la interpretación literal¹⁴³⁷. Finalmente, la interpretación sistemática o contextual, la cual no sólo se menciona en el numeral 1, sino también en numeral 2 del artículo 31 de la CVDT, y hace referencia a que además del contenido literal, hay que tener en cuenta los elementos del contexto del tratado, es decir, el preámbulo y anexos, así como todo Acuerdo o instrumento firmado por las partes, en relación con el tratado objeto de interpretación¹⁴³⁸.

Los literales a) y b) del numeral 3, del artículo 31, hacen referencia a los acuerdos y prácticas ulteriores a la firma del tratado. El rol de los acuerdos y las prácticas ulteriores en la interpretación de tratados ha sido ampliamente estudiado por las Cortes internacionales¹⁴³⁹, así como por la Comisión de derecho internacional¹⁴⁴⁰.

¹⁴³⁴ GILLICH Ines, “The Normativity of Principles within the Positivist Theory of International Law”, *N.C. Journal of International Law*, No. 1, vol. 41, 2015 pp. 1-30, p. 13.

¹⁴³⁵ D'AMATO Anthony, “Good Faith”, in BERNHARD Rudolf (Éd.) y otros, *Encyclopedia of public international law*, Amsterdam, North-Holland, Elsevier ed., 1995, pp. 599 a 600.

¹⁴³⁶ GILLICH Ines, *op.cit.* p. 14.

¹⁴³⁷ Así lo expresó la Corte Internacional de Justicia en una de sus decisiones, objeto de reiteradas menciones doctrinales, ver: CIJ, decisión del 11 de septiembre de 1992, en el asunto “*Tierra, Islas y Frontera Marítima entre el Salvador y Honduras*”, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996. pp. 34 a 35. Disponible en: www.icj-cij.org/files/summaries.

¹⁴³⁸ *Ibidem*, p. 77.

¹⁴³⁹ Por ejemplo, además de las diferentes opiniones consultivas de la CIJ, ver, entre otros, los siguientes fallos: en el asunto relativo al “*Laudo Arbitral del 31 de julio de 1989 (Guinea-Bissau/Senegal)*”, del 12 de Noviembre de 1991, Recueil de 1991, párrafos 69 a 70; en el asunto “*sobre la diferencia fronteriza entre Libia y Chad*”. Recueil 1994, del 3 de febrero de 1994, párrafo 48 y en el asunto “*de la isla Kasikili/Sedudu entre Botswana y Namibia*”, fallo del 13 de diciembre de 1999, Recueil de 1999. párrafo 49. Disponibles en: www.icj-cij.org/files/case-related

¹⁴⁴⁰ Ver entre otros, los informe de la CDI: en el 60º período de sesiones de 2008, N° (A/63/10), pp. 411 y ss, así como Anexo I del mismo documento que contiene el reporte del Relator: Sr. Georg Nolte, páginas 171 y ss.; Informe del 61º período de sesiones de 2009, No. A/64/10, pp. 399 a 401. Informe del 62º período de sesiones de

Cabe anotar que la propia Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas precisa que cuando el artículo 31 utiliza la expresión “regla” en singular y no en plural, indica que los principios de interpretación consagrados en él deben ser aplicados integral y conjuntamente; esto es, en una sola operación combinada. El proceso de interpretación constituye así una unidad y las disposiciones del artículo forman una regla única con partes íntimamente ligadas entre sí. En este sentido, todas las reglas consagradas en dicho artículo deben ser consideradas y todas tienen igual valor, no dominando una a las otras. frente a los métodos de interpretación antes vistos, no existe un orden jerárquico estricto; más bien, deben usarse como dentro de un estudio holístico o una "operación combinada única"¹⁴⁴¹.

Dentro de ese proceso interpretativo, donde está la proporcionalidad? Pues bien, la proporcionalidad no es un principio o criterio expresamente señalado por la CVDT para la interpretación de los tratados, ni tampoco un criterio específico de interpretación en materia de derecho internacional económico¹⁴⁴², sin embargo, como es bien sabido, hace parte de la costumbre internacional con lo cual, también hace parte de las normas de derecho internacional que generalmente son tenidas en cuenta por la jurisdicción internacional.

De hecho, existen razones para pensar que, en la solución de diferencias de la OMC y en el arbitraje de inversiones internacionales con el Estado, es posible aplicar el derecho internacional, y por tanto el principio o estándar de proporcionalidad, es uno de los criterios de interpretación de los Acuerdos y tratados (§ 1). Si revisamos la práctica reciente y lo analizado por la doctrina, podemos deducir que la proporcionalidad si cumple con una función de interpretación de los Acuerdos de la OMC y los TBI's, así no siempre se haga a través del artículo 31 de la CVDT (§ 2).

2010, No A/65/10, páginas 9 a 11; Informe del 64º periodo de sesiones de 2012, No A/67/10, páginas 129 a 135; Informe del 65º periodo de sesiones de 2013, No. A/68/10, páginas 9 a 52; Informe del 66º periodo de sesiones de 2014, No. A/69/10, páginas 178 a 234; Informe del 70º periodo de sesiones de 2018, No. A/73/10, páginas 11 a 126.

¹⁴⁴¹ Ver el informe de la CDI, de las 17 y 18 sesiones del año 1966. Doc. A/CN.4/SER, p. 219, párrafo (8).

¹⁴⁴² MITCHELL Alex, « Proportionality », In Legal principles in WTO, New York, Cambridge University Press, 2008, pp. 177-237, p. 236.

§ 1- La posibilidad de usar la proporcionalidad como criterio de interpretación

Los críticos del uso de la proporcionalidad en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado y en la solución de diferencias en la OMC, han resaltado los límites de la competencia de los órganos de decisión, los cuales deben solucionar los conflictos, con base en los principios y estándares jurídico específicos del derecho de la OMC y de las inversiones internacionales con el Estado, dentro de los cuales no está la proporcionalidad¹⁴⁴³.

En efecto, la proporcionalidad no es un estándar o principio jurídico específico del derecho internacional económico ni tampoco de estricto cumplimiento dentro del análisis interpretativo que se lleva a cabo por parte los organismos encargados de la resolución de conflictos en materia de inversiones y comercio internacional. Sin embargo, como es bien sabido, la proporcionalidad hace parte del derecho internacional, bien sea porque es considerado un principio del derecho internacional público, e incluso un principio general del derecho, o porque es considerado un estándar perteneciente a la costumbre internacional. En todo caso, hace parte de las normas del derecho internacional, y por tanto puede utilizarse como un criterio de interpretación, para una buena parte de la doctrina, a través del artículo 31 CVDT. *“Proportionality analysis is not proposed as an alternative to the rules on treaty interpretation under the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), but rather as informing the exercise of interpreting a treaty with a view to resolving conflicts between competing rights and interests when the rules of treaty interpretation do not indicate priority of one right or interest over the other”*¹⁴⁴⁴, no solo en la solución de diferencias en la OMC (A), sino también en el arbitraje de inversiones internacionales con el Estado (B).

1443 Ver: REGAN Donald, « The meaning of “necessary” in GATT Article XX and GATS Article XIV: the Myth of Cost-Benefit Balancing », *World Trade Review*, vol. 6, No. 3., 2007, pp. 347-369, p. 368; SEBASTIAN Thomas, « World Trade Organization Remedies and the Assessment of Proportionality: Equivalence and Appropriateness », *Harvard international law journal*, vol. 48, n° 2, 2007, pp. 337-382, p. 381; PRABHASH Ranjan, « Using the Public Law Concept of Proportionality to Balance Investment Protection with Regulation in International Investment Law: A Critical Reappraisal », in *Cambridge journal of international and comparative law*, vol. 3, n° 3, 2014, pp. 853-883, p. 860; NIKIEMA H. Susy, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Paris, P.U.F, 2012, 370 p, p. 264 y 265.

1444 KINGSBURY Benedict & SCHILL Stephan « Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest - the Concept of Proportionality », in *International investment law and comparative public law*, 2010, pp. 75-104, p. 78.

A. En la solución de diferencias por parte del OSD

La proliferación de tratados internacionales, así como los numerosos conflictos por su incumplimiento, han llevado a cuestionarse sobre las normas aplicables, los criterios de interpretación y la prelación entre tratados, especialmente la relación entre la *lex generalis* y la *lex specialis*.

De hecho, el sistema normativo de la OMC ha sido calificado por algunos de “autónomo, auto-contenido, cerrado o especial en el derecho internacional y las dificultades se asocian, desde un primer momento, a la propia definición de un régimen así concebido”¹⁴⁴⁵, es decir un ejemplo del “*self contained regime*”¹⁴⁴⁶ o la “*clinical isolation*”¹⁴⁴⁷. Sin embargo, para la CDI, en su informe sobre fragmentación del derecho internacional el término “‘*self-contained regime*’ is a misnomer. No legal regime is isolated from general international law. It is doubtful whether such isolation is even possible: a regime can receive (or fail to receive) legally binding force (“validity”) only by reference to (valid and binding) rules or principles outside it”¹⁴⁴⁸. Además, si bien es cierto, la competencia del OSD está limitada al estudio de los tratados abarcados y no a otro tipo de tratados internacionales, “*international law supplements WTO law unless it has been specifically excluded and that so do other treaties which should, preferably, be read in harmony with the WTO covered treaties*”¹⁴⁴⁹. Así las cosas, el OSD debería situar los derechos y obligaciones de la OMC en el marco del derecho internacional¹⁴⁵⁰, con el uso de normas del derecho internacional, que no descartan la proporcionalidad.

Igualmente, en la solución de diferencias de la OMC, el OSD puede hacer uso del concepto de integración sistemática, contemplado en el literal c), numeral 3, del artículo 31 de la CVDT, según el cual, “toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las

1445 BLASQUEZ NAVARRO Irene, “Cumplimiento del derecho internacional en el sistema de solución de diferencias de la OMC”, *R.E.D.I.*, vol. LVIII, 2006, pp. 175-204, p. 195.

1446 KUIJPER, Paul, «The Law of GATT as a Special Field of International Law. Ignorance, further refinement or self-contained system of international Law?», *New York International Law*, vol. XXV, 1994, pp. 227-257, p. 228.

1447 MARCEAU, Gabrielle, «A Call for Coherence In International Law Praises for the Prohibition Against “Clinical Isolation” in WTO Dispute Settlement», *Journal of World Trade*, vol. 33, 1999; No. 5, pp. 87-152, p. 88.

1448 CDI. Reporte del grupo de estudios finalizado por Martti Koskenniemi. 58 sesión, Ginebra, 1 de mayo-9 de junio y 3 de julio-11 de agosto de 2006. Titulado: “*Fragmentation Of International Law: Difficulties Arising From The Diversification And Expansion Of International Law*”, No. A/CN.4/L.682 p. 91, párrafo 193 p. 100.

1449 *Ibidem*, párrafo 169, p. 90.

1450 *Ibidem*, párrafo 170, p. 91.

relaciones entre las partes”¹⁴⁵¹ hace parte de los criterios de interpretación de los tratados, es decir que, en el proceso interpretativo de los Acuerdos de la OMC, el OSD puede acudir a la proporcionalidad, siempre que sea una norma aplicable en las relaciones comerciales entre los Estados. Cabe anotar que, si bien el concepto de integración sistemática en la OMC, ha dado pie a debates sobre lo que debe entenderse por “normas del derecho internacional”¹⁴⁵², tampoco se ha rechazado de forma expresa el uso del concepto de integración sistemática ni del de proporcionalidad en la práctica de la OSD¹⁴⁵³.

De hecho, en la práctica del OSD de los últimos cinco años, encontramos que aunque no se haga un uso exhaustivo y profundo de los criterios de interpretación del Artículo 31 de la CVDT y específicamente del concepto de integración sistemática, el OSD ha hecho mención a estas disposiciones, como parte de los criterios de interpretación tenidos en cuenta en la solución de las diferencias. Por ejemplo, en el asunto *China-terras raras, volframio y molibdeno*, el grupo especial interpretó el literal g) del Art. XX del GATT, con base en los principios soberanía sobre los recursos naturales y de desarrollo sostenible, de conformidad con el concepto de integración sistemática, o literal c) del numeral 3 del artículo 31 de la CVDT¹⁴⁵⁴. Del mismo modo, la costumbre internacional, es tomada en cuenta en el proceso de interpretación de los Acuerdos de la OMC cuya vulneración se alega, con base en el artículo 31 de la CVDT¹⁴⁵⁵.

Además, las disposiciones especiales que reglamentan las competencias de los órganos decisorios, en la resolución de conflictos comerciales en la OMC, establecen la posibilidad de utilizar normas del derecho internacional público, y/o normas usuales del derecho internacional, en la interpretación de sus acuerdos y tratados internacionales. De ello da cuenta el artículo 3.2 del Acuerdo ESD de la OMC, que impone a los grupos especiales y a los órganos de apelación la obligación de interpretar las disposiciones de los acuerdos

¹⁴⁵¹ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, *op.cit.* p. 471.

¹⁴⁵² MCLACHLAN Campbell, “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, No. 2, 2005, pp. 279-319, p. 290.

¹⁴⁵³ MITCHELL Alex, “The legal basis for using principles in WTO disputes”, *Journal of International Law*; vol. 10, No. 4, 2007, pp. 795-835, p. 796.

¹⁴⁵⁴ Informes del grupo especial, del 26 de marzo de 2014, en el asunto: *China - Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno*, WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/R, párrafo 7.262.

¹⁴⁵⁵ Ver los informes del OSD de la OMC: del grupo especial del 25 de abril de 2017, en el asunto: *China - Medidas antidumping relativas a las importaciones de pasta de celulosa procedentes del Canadá*, WT/DS483/R, párrafo 7.4.; Informe del grupo especial del 25 de enero de 2018, en el asunto: *Unión europea - Medidas antidumping sobre el biodiesel procedente de Indonesia*, WT/DS480/R, párrafo 7.3; Informe del grupo especial, del 6 de junio de 2019, en el asunto: *Rusia-Medidas que afectan al tráfico en tránsito*, WT/DS512/R, párrafo 7.59.

abarcados, de acuerdo con lo dispuesto en “las normas usuales de interpretación del derecho internacional público”¹⁴⁵⁶, sin que esto implique que las recomendaciones y resoluciones del OSD hacen un aumento o disminución de las obligaciones y derechos contenidos en los tratados. Es decir, que a través de este artículo, tienen cabida los criterios de interpretación de los tratados de la CVDT. De hecho, “*the Article 3.2 is the key DSU provision that guides Panels and the Appellate Body in their interpretation of the WTO agreements, and it may reflect the three theoretical approaches to interpretation to a greater or lesser degree*”¹⁴⁵⁷. En varias de sus decisiones arbitrales, el OSD introduce al análisis interpretativo, las normas del derecho internacional, gracias a lo establecido en el artículo 3.2. del ESD¹⁴⁵⁸. Del mismo modo, el artículo 17.6, numeral ii) del Acuerdo Antidumping, establece que el OSD “interpretará las disposiciones pertinentes del Acuerdo de conformidad con las reglas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público”¹⁴⁵⁹, pidiéndole al grupo especial y al órgano de apelación que tenga en cuenta la *lex generalis* en su análisis.

De acuerdo con lo antes visto, es posible considerar que la proporcionalidad, como parte de las normas del derecho internacional, puede usarse en la interpretación de los Acuerdos de la OMC, siempre que esto no genere un conflicto con las reglas especiales de la OMC, pues así lo autorizan las reglas generales y específicas en materia de interpretación. Así mismo, en materia de inversiones internacionales con el Estado, tanto las reglas generales como las reglas especiales de interpretación, permiten deducir la posibilidad de usar la proporcionalidad como criterio de interpretación.

B. En el arbitraje internacional de inversiones con el Estado

En el contexto de arbitraje internacional de inversiones con el Estado, el concepto de “*self contained regime*” también ha sido considerado por la doctrina, no solo por el constante crecimiento en la firma de tratados bilaterales de inversión, o tratados regionales con

¹⁴⁵⁶ Acuerdo de Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, Anexo II del GATT de 1994, página 376. Disponible en: www.wto.org/textosjuridicos

¹⁴⁵⁷ MITCHELL Andrew, “Proportionality and Remedies in WTO Disputes », in European journal of International law”, Journal européen de droit international, vol. 17, n°5, 2007, pp. 985-1008, p. 807.

¹⁴⁵⁸ OMC, Informe del grupo especial del 21 de diciembre de 2016, en el asunto: Canadá - Medidas antidumping sobre las importaciones de determinadas tuberías soldadas de acero al carbono procedentes del territorio aduanero distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu, WT/DS482/R, párrafo 7.1. de la página 17.

¹⁴⁵⁹ Artículo 17, sobre las consultas y solución de diferencias, del Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, p. 179. Disponible en: www.wto.org/textosjuridicos

disposiciones en materia de inversiones internacionales, sino por la reglamentación específica del arbitraje de inversiones, especialmente en relación con el reglamento del CIADI¹⁴⁶⁰. Sin embargo, para George NOLTE, reportero especial de la CDI, la Convención CIADI contiene un régimen especial en un sentido amplio, pero no es un “*self contained regime*”¹⁴⁶¹. Además, “*it is submitted that the use of the term ‘self contained’ in the context of the ICSID Convention triggers the wrong connotations, at least if one understands the term to describe such treaty regimes that exclude the application of general international law*”¹⁴⁶².

Además de lo anterior, se ha acusado al arbitraje internacional de inversiones con el Estado, de “*self contained regime*”, por el silencio inicial que los tribunales de arbitraje mostraban en el uso de las reglas de interpretación de la CVDT¹⁴⁶³. De hecho, desde finales de los años 90’s hasta comienzos de la primera década del siglo XXI, el arbitraje internacional de inversiones con el Estado hacía muy poca referencia a la aplicación de los artículos 31 a 33 de la CVDT como parte de la metodología de interpretación de los tratados bilaterales de inversión¹⁴⁶⁴. Entre los años 2003 y 2006, esa situación cambió, con una creciente oleada de laudos que reconocieron la metodología dispuesta por la CVDT para la interpretación de los tratados bilaterales de inversión¹⁴⁶⁵. Hoy en día, “*it is all but impossible for arbitrators to decide treaty-based arbitrations without resort to rules of international law extrinsic to the relevant treaty*”¹⁴⁶⁶. Desde entonces, el reconocimiento se mantiene, quedando clara la aplicabilidad de las disposiciones de interpretación de tratados de la CVDT como parte de la metodología que aplican los árbitros internacionales en materia de inversiones con el Estado.

¹⁴⁶⁰ Las críticas se refieren al principio de no injerencia y exclusión de cortes nacionales, contemplados en el artículo 26, el desconocimiento de la protección diplomática, establecido en el artículo 27 y la fuerza de los laudos respecto del derecho de los Estados, en el artículo 53 de la Convención. Ver, entre otros: SCHREUER Christoph H., et al., *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2009, p. 403 y ss; p. 417 y ss; p. 1097 y ss.

¹⁴⁶¹ NOLTE George (Éd.), “Reports for the ILC Study Group On Treaties over Time: Report 2-Jurisprudence Under Special Regimes Relating to Subsequent Agreements and Subsequent Practice” in *Treaties and Subsequent Practice*, 2013, Oxford University Press, pp. 201-206, p. 233.

¹⁴⁶² BÜCHELER Gebhard, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, New York, Oxford University Press, 2015, ³²⁹ p., p. 98.

¹⁴⁶³ FAUCHALD Kristan, “The legal Reasoning of ICSID Tribunals-an Empirical Analysis”, *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008, pp. 301-364, p. 313.

¹⁴⁶⁴ Según Kristian Fauchald, sólo el 21% de los laudos entre 1999 y 2002 hacían referencia a los artículos 31 a 33 de la CVDT. Ver FAUCHALD Kristan, “The legal Reasoning of ICSID Tribunals-an Empirical Analysis”, *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008, pp. 301-364, p. 314.

¹⁴⁶⁵ Según Fauchald, entre el año 2003 y 2006, los laudos en los que se reconoce la aplicación de la CVDT en la interpretación de los TBI’s aumentó en un 47%, FAUCHALD Kristan, *ibidem*.

¹⁴⁶⁶ BÜCHELER Gebhard, *op.cit.*, p. 95.

De hecho, en los laudos proferidos durante los últimos cinco años¹⁴⁶⁷ se hace uso de las reglas de interpretación de la CVDT en las decisiones arbitrales. Por ejemplo, en el asunto *Fluhafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. Venezuela*, se considera que, a la luz del artículo 31 de la CVDT, el sentido corriente que hay que darle al término en su contexto implica, para el caso concreto, que la noción de tratamiento justo y equitativo deberá interpretarse de conformidad con las reglas del derecho internacional, específicamente la costumbre internacional sobre el tema¹⁴⁶⁸. Así mismo, en el asunto *Bernhard Friedrich arnd Rüdiger von Pezold y otros c. Republic of Zimbabwe*, el Tribunal considera que de acuerdo con lo contemplado en el artículo 31 de la CVDT, es posible deducir que el Tratado bilateral de inversiones concede jurisdicción al CIADI para resolver el caso bajo estudio¹⁴⁶⁹.

Así mismo, en los asuntos: *Crystallex International Corporation vs República Bolivariana de Venezuela*¹⁴⁷⁰; *Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*¹⁴⁷¹; *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, and NovEnergia II Italian Portfolio SA, v. The Italian Republic*¹⁴⁷²; *South American Silver Limited (bermudas) vs. El Estado Plurinacional de Bolivia*¹⁴⁷³; *Clorox España, S.L. vs República Bolivariana de Venezuela*¹⁴⁷⁴, los diferentes tribunales de arbitraje han considerado el uso del artículo 31 de la CVDT, para la interpretación de disposiciones de los tratados internacionales cuya vulneración se alegaba con la reclamación del caso, lo que demuestra que en esta área es posible aplicar normas de derecho internacional en el proceso de interpretación de los tratados. Cabe anotar que, los Tribunales no profundizan sobre el uso que le están dando al artículo 31 de la CVDT ni del concepto de integración sistemática en su proceso interpretativo, a pesar de la mención a esta disposición convencional, dentro del análisis. “*L’interprétation est donc moins un savoir qu’un art aux milles nuances, dont les techniques sont révélées par touches dans les décisions arbitrales*”¹⁴⁷⁵.

¹⁴⁶⁷ De los Tribunales de arbitraje que permiten el acceso público a las decisiones.

¹⁴⁶⁸ CIADI, laudo del 18 de noviembre de 2014, ARB/10/19, párrafos 570 a 587, pp. 114 a 117.

¹⁴⁶⁹ CIADI, laudo del 28 de julio de 2015, ARB/10/15, párrafo 304

¹⁴⁷⁰ CIADI, laudo del 19 de Diciembre de 2016, ARB(AF)/11/2, párrafo 537

¹⁴⁷¹ CIADI, laudo del 30 de Noviembre de 2017, ARB/14/21, párrafo 452

¹⁴⁷² Instituto de la Cámara de Comercio de Estocolmo-ICCE-, laudo del 23 de diciembre de 2018, No. V (2015/095), párrafo 397.

¹⁴⁷³ Corte Permanente de Arbitraje –CPA-, laudo bajo las reglas CNUDMI, de fecha 22 de Noviembre de 2018, No. 2013-15, párrafo 217.

¹⁴⁷⁴ CPA, laudo del 20 de mayo de 2019, No. 2015-30, párrafo 815 y ss.

¹⁴⁷⁵ JACOB Patrick & LATTY Franck, “Arbitrage transnational et droit international general”, *Annuaire français de droit international*, LVIII, CNRS Editions, Paris, 2012, pp. 605 a 662, p. 609.

Sin embargo, la falta de explicación no excluye el uso que le están dando a los criterios generales de interpretación, ni al uso de normas del derecho internacional, tales como la proporcionalidad, en la interpretación de los TBI's. De hecho, *"There is no reason why proportionality should not be on of them and be applied in investor-State arbitrations through Article 31 (3) c VCLT, subject to the guidelines provided in much of the remainder of this book"*¹⁴⁷⁶.

Así mismo, los reglamentos de los Tribunales de arbitraje más importantes¹⁴⁷⁷, dan cuenta de la posibilidad de aplicar la *lex generalis* en la interpretación de los tratados internacionales sobre inversiones. Por ejemplo, el reglamento del CIADI, en su artículo 42, numeral 1, establece: "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*"¹⁴⁷⁸. (cursiva propia).

Así mismo, el reglamento de arbitraje de la CPA, 2012, establece en su artículo 35, que en caso de que las partes no indiquen las normas aplicables al caso concreto, el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta, "ii. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho"¹⁴⁷⁹. En las reglas para Tribunales de arbitraje de comercio internacional, tales como el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, en adelante -CCI-, o bien las reglas CNUDMI, o el reglamento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de Estocolmo, en adelante -ICCE-, se establece como derecho aplicable, el que las partes acuerden en los contratos, y en su defecto, las normas de usos comerciales pertinentes o aplicables al caso¹⁴⁸⁰.

¹⁴⁷⁶ BÜCHELER, *op.cit.*, p. 101.

¹⁴⁷⁷ Además de las decisiones del CIADI, hemos incluido, en nuestro análisis, los laudos exonerados de confidencialidad, proferidos por otros Tribunales arbitrales, tales como: la CPA, la CCI y el ICCIE.

¹⁴⁷⁸ Convenio Ciadi, Reglamento y Reglas, CIADI/15, Abril 2006, p. 24. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>.

¹⁴⁷⁹ Reglamento de arbitraje de la CPA, fecha de vigencia: 17 de diciembre de 2012, disponible en: <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/6/2015/11/Reglamento-de-Arbitraje-de-la-CPA-2012.pdf>, página 19.

¹⁴⁸⁰ Ver artículo 33 del reglamento CNUDMI 2010, disponible en: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-s.pdf> ; y el artículo 21 del reglamento de la CCI de 2012, disponible en: <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/icc-rules-of-arbitration-2012/> . También, art. 27, del Reglamento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, disponible en: https://sccinstitute.com/media/220137/arbitration_rules_spanish_17_web.pdf

Con base en lo anterior, es posible considerar que, la proporcionalidad, dentro de este contexto tan especializado, puede hacer parte del proceso interpretativo de los Acuerdos y Tratados internacionales económicos, toda vez que así lo autorizan, tanto las reglas generales de interpretación de la CVDT, aplicables a todos los ámbitos jurisdiccionales del derecho internacional, como las disposiciones de los reglamentos del OSD de la OMC y de algunos de los tribunales más importante en materia de arbitraje de inversiones internacionales con el Estado.

Ahora bien, no solo las normas generales llevan a creer que la proporcionalidad cumple con una función de interpretación de los Acuerdos y tratados internacionales económicos. También, y de forma gradual, la proporcionalidad está alcanzando un lugar dentro del proceso interpretativo llevado a cabo por el OSD de la OMC y por los tribunales de arbitraje de inversiones internacionales con el Estado.

§ 2 El uso de la proporcionalidad como medio de interpretación

Buena parte de la doctrina tiene claro que la proporcionalidad viene desarrollando una función técnica de interpretación de las disposiciones de los Acuerdos de la OMC y de los TBI's. *"A modern school of interpretation maintains that interpretation in general consists mainly of this balancing process in which all relevant rules, objectives, and principles are taken into account and balanced out according to the principle of proportionality ('topic interpretation')"*¹⁴⁸¹.

De hecho, son varios los autores que abogan por su uso para mejorar el proceso de interpretación del derecho de la OMC¹⁴⁸² y de los estándares internacionales en materia de inversiones con el Estado¹⁴⁸³. Tal como hemos visto en capítulos anteriores¹⁴⁸⁴, la existencia y contenido de la proporcionalidad superan su mera mención en las fuentes del derecho de la

¹⁴⁸¹ HILF Meinhard, « Power, Rules and Principles – Which orientation of WTO/GATT Law ? », *Journal of international economics law*, vol.4, n°1, 2001, pp. 111-130, p. 126.

¹⁴⁸² MITCHELL Alex, « Proportionality », In *Legal principles in WTO*, New York, Cambridge University Press, 2008, pp. 177-237, p. 182. Según HILF: *"that interpretation in general consists mainly of this balancing process in which all relevant rules, objectives, and principles are taken into account and balanced out according to the principle of proportionality"*. Ver HILF Meinhard, « Power, Rules and Principles – Which orientation of WTO/GATT Law ? », *Journal of international economics law*, vol.4, n°1, 2001, pp. 111-130, p. 126.

¹⁴⁸³ KINGSBURY Benedict & SCHIL Stephan, « Investor-state Arbitration as Governance : Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administration Law » in *50 Years of the New York Convention : [ICCA International Arbitration Congress]*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International 2009, pp. 5-68, p. 30 a 31.

¹⁴⁸⁴ Cfr. Capítulos 4, 5 y 6, *supra*.

OMC y del derecho de las inversiones internacionales con el Estado. Vimos como, es un concepto jurídico de aplicación tácita, cumpliendo con la función técnica de interpretación de los tratados, también de forma implícita.

Ahora bien, del análisis de las decisiones proferidas durante los años 2014 a 2019, tanto del OSD de la OMC¹⁴⁸⁵ como de los tribunales internacionales de arbitraje de inversiones con el Estado¹⁴⁸⁶, podemos advertir el escaso uso, explícito, que los órganos de decisión le han dado a la proporcionalidad. A pesar de ello, en algunas decisiones la proporcionalidad es utilizada expresamente, como un criterio de interpretación de una disposición o un estándar jurídico, lo que significa que a pesar del uso limitado o con dificultades, no estamos ante un total desuso o rechazo de la proporcionalidad¹⁴⁸⁷.

Igualmente se evidencia que, en todos los casos en los que los órganos de decisión han hecho alusión y/o analizado la proporcionalidad, no siempre se relaciona su aplicación con la del artículo 31 de la CVDT o del concepto de integración sistemática dentro del mismo párrafo. De hecho, en varias de las decisiones, se hace alusión a la proporcionalidad y no a la CVDT o *viceversa*. En otros casos, se hace mención al uso de la CVDT de forma genérica, y luego aparece la proporcionalidad dentro de la calificación jurídica de los hechos, gracias también al reclamo que de esta figura hace alguna de las partes dentro del procedimiento.

Así las cosas, podemos afirmar que, a pesar de las limitaciones en su aplicación, la proporcionalidad está en proceso de consolidar su función técnica de interpretación, con dos particularidades. Por una parte, en el contexto de la OMC, la doctrina apoya el uso de la proporcionalidad en el proceso de interpretación de los Acuerdos, pero aún falta contar con un mayor desarrollo en la práctica reciente del OSD (A). Por otra parte, en materia de inversiones internacionales, no solo encontramos una aceptación doctrinal al uso de la proporcionalidad en la interpretación de las disposiciones TBI, sino que también, la práctica reciente demuestra un uso progresivo de la proporcionalidad en ese sentido (B).

¹⁴⁸⁵ 171 decisiones, proferidas durante los años 2014 a 2019. Dentro del análisis, se tuvieron en cuenta, tanto los informes del grupo especial y del órgano de apelación como las decisiones *addendum* y *corrigendum*.

¹⁴⁸⁶ 107 decisiones, de acceso público, durante los años 2014 a 2019, proferidas por parte del CIADI, el ICCE, la CPA y la CCI de París.

¹⁴⁸⁷ Es posible que la función interpretativa de la proporcionalidad también se desarrolle de forma implícita, sin embargo, para efectos del presente análisis, tendremos en cuenta solamente las decisiones en las que se ha hecho alusión expresa a la proporcionalidad, en el proceso de interpretación de los Acuerdos y tratados

A. El surgimiento en la reciente solución de diferencias de la OMC

Algunos autores están de acuerdo con que la proporcionalidad mejora el proceso de la interpretación de los Acuerdos que lleva a cabo el OSD¹⁴⁸⁸, de hecho, “*the most obvious way in which proportionality can be used is in interpreting the WTO agreements*”¹⁴⁸⁹, siempre que, con la aplicación de la proporcionalidad, no se cambie el sentido en que deben interpretarse los Acuerdos¹⁴⁹⁰. En un primer momento, parecía alentador ver el uso de la CVDT en la interpretación de los Acuerdos de la OMC¹⁴⁹¹. Ahora resulta cuestionable que, en el derecho de la OMC, la interpretación esté más orientada a la *lex specialis* que al uso de reglas generales de interpretación de la CVDT, a través de las cuales, el “*balancing*” podía aplicarse¹⁴⁹². Además, si se desea mantener un equilibrio entre los intereses de los Estados y las provisiones de la OMC, se deberían aplicar “*principles of justice*”, tales como la proporcionalidad¹⁴⁹³.

Sin embargo, el razonamiento del OSD presenta algunas inconsistencias, especialmente en relación con el uso del derecho internacional y los criterios generales de interpretación¹⁴⁹⁴. A pesar de ello, la proporcionalidad ha encontrado un pequeño espacio en el proceso de interpretación que recientemente viene desplegando el OSD. De hecho, en la práctica reciente hemos visto que, ante la solicitud de análisis de la proporcionalidad en el caso bajo estudio, el OSD ha tenido varias reacciones que van desde omitir pronunciarse respecto del uso de la proporcionalidad, la negación expresa de la proporcionalidad dentro del proceso interpretativo de los Acuerdos, y finalmente la aceptación del análisis de proporcionalidad, aunque sea desde la proporcionalidad negativa. Recordemos algunas de las

¹⁴⁸⁸ Ver: ANDENAS Mad & ZLEPTNIG Stefan, « Proportionality and Balancing in the WTO : A Comparative Perspective », *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 20, n°1, 2007, p. 390. DESMEDT Alex, « Proportionality in WTO Law », in *Journal of International Economic Law*, vol. 4, n°3, 2001, pp. 441-480, p. 477.

¹⁴⁸⁹ MITCHELL Alex, « Proportionality », In *Legal principles in WTO*, New York, Cambridge University Press, 2008, pp. 177-237, p. 236.

¹⁴⁹⁰ PAUWELYN Joost, "The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go," *American Journal of International Law*, vol. 95, no. 3, 2001, pp. 535-578, p. 546.

¹⁴⁹¹ SEROIN Isabelle, "L'application des règles de la Convention de Vienne sur le Droit des Traités dans le cadre de l'ALE, de l'Alena, du GATT et de l'OMC, “*Le Revue Juridique*”, Themis 34, no. 1; 2000; pp. 227-274, p. 269.

¹⁴⁹² PETERSMANN Ernst-Ulrich, “Need for a New Philosophy of International Economic Law and Adjudication”, *Journal of International Economic Law*, No. 17, pp. 639–669, p. 658 a 659.

¹⁴⁹³ PETERSMANN Ernst-Ulrich, “JIEL Debate: Methodological Pluralism and its Critics in International Economic Law Research”, *Journal of International Economics Law*, vol. 15, 2012, p. 921

¹⁴⁹⁴ VAN DAMME Isabelle, “Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body”, *The European Journal of International Law*, 2010, vol. 21 No. 3, 605–648, p. 643.

reacciones ante la solicitud de análisis del estándar de proporcionalidad, en medio del proceso interpretativo de los Acuerdos de la OMC.

La primera reacción, la omisión en el estudio expreso de la proporcionalidad, se observa, por ejemplo, en el asunto: *Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)*¹⁴⁹⁵, donde el Órgano de apelación guardó silencio a la solicitud de aplicación de la proporcionalidad en la interpretación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, a pesar de haber sido alegado por México, en su escrito de recurso¹⁴⁹⁶.

Así mismo, en el asunto, *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*¹⁴⁹⁷, el Órgano de apelación guardó silencio, frente al argumento presentado por Estados Unidos, en el que advierte que la proporcionalidad debería analizarse en la interpretación del artículo 2, párrafo 1, del Acuerdo OTC¹⁴⁹⁸.

La segunda reacción, consiste en el rechazo expreso al uso de la proporcionalidad en el proceso de interpretación de los Acuerdos de la OMC. Para el OSD el caso contrario llevaría a un razonamiento que va más allá de las facultades de este organismo. Por ejemplo, en el asunto, “*Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO) recurso del Canadá y de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*”¹⁴⁹⁹, el grupo especial considera que el uso de la proporcionalidad en el proceso de interpretación lo llevaría a estudiar la legitimidad de los objetivos perseguidos por el Estado miembro con la medida tomada, lo que contraría las competencias de la OSD y por tanto rechaza hacer este análisis¹⁵⁰⁰.

En cambio, en recientes pronunciamientos, el OSD ha reaccionado de forma distinta, aceptando el uso de la proporcionalidad como un criterio de interpretación de los Acuerdos de

¹⁴⁹⁵ Informes del Órgano de Apelación, AB-2014-10, *recurso de Canadá y México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, del 18 de mayo de 2015, WT/DS384/AB/RW, WT/DS386/AB/RW.

¹⁴⁹⁶ *Ibidem*, párrafos 2.80 y 2.97.

¹⁴⁹⁷ Informe del Órgano de Apelación, AB-2015-6, *addendum*, recurso de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, fecha: 20 de noviembre de 2015, WT/DS381/AB/RW/Add.1.

¹⁴⁹⁸ *Ibidem*, párrafo 3.

¹⁴⁹⁹ Informes del grupo especial, *addendum*, del 20 de octubre de 2014. WT/DS384/RW/Add.1, WT/DS386/RW/Add.1

¹⁵⁰⁰ *Ibidem*, párrafo 16.

la OMC, tal como lo ha solicitado, al menos una de las partes, dentro del procedimiento de solución de diferencias. Por ejemplo, en el asunto: *Estados Unidos - Medidas antidumping y compensatorias sobre lavadoras de gran capacidad para uso doméstico procedentes de Corea*¹⁵⁰¹, el grupo especial hizo uso del análisis de la proporcionalidad de la subvención concedida, dentro de la interpretación contemplada en el párrafo 1 c) del artículo 2 del Acuerdo SMC¹⁵⁰². Así mismo, en el asunto *Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*¹⁵⁰³ el grupo especial decide aplicar la proporcionalidad en el estudio de la medida comercial, a la luz del artículo 2 del Acuerdo SMC¹⁵⁰⁴.

De acuerdo con lo antes visto, es evidente que la proporcionalidad es poco utilizada como un criterio de interpretación explícito de los Acuerdos de la OMC. Sin embargo, a pesar del escaso uso, en las decisiones en las que de forma expresa se aplica, lo hace cumpliendo con la función de herramienta interpretativa de los Acuerdos de la OMC. Además, en los recientes tratados internacionales económicos, estudiados en capítulos precedentes, la proporcionalidad está expresamente contemplada como uno de los criterios que deberán analizarse al interpretar numerosas disposiciones, tanto en materia comercial como de inversiones internacionales. Entonces, es muy probable que la función que la proporcionalidad cumple, en la interpretación de los Acuerdos y tratados, se consolide con el tiempo, bien sea que se aplique como principio general de derecho o principio general del derecho internacional.

Situación distinta se presenta en el arbitraje internacional en inversiones con el Estado, donde los Tribunales han sido mas abiertos al uso expreso de la proporcionalidad en el proceso de interpretación de los TBI's.

¹⁵⁰¹ Informe del grupo especial, *addendum*, del 11 de marzo de 2016, WT/DS464/R/Add.1.

¹⁵⁰² *Ibidem*, páginas C-16 y C-17, párrafos 28 a 33.

¹⁵⁰³ Informe del grupo especial ante el recurso de la Unión Europea al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, del 9 de junio de 2017, WT/DS353/RW, párrafo 8900 con pie de página 2340 y 8901 y ss.

¹⁵⁰⁴ *Ibidem*, párrafo 8900 con pie de página 2340 y 8901 y ss. Similar razonamiento tiene el órgano de apelación en el informe *addendum*, AB-2017-4, del 28 de marzo de 2019, ante el Recurso de la unión europea al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS353/AB/RW/Add.1, párrafos 5.192 y ss.

B. El desarrollo progresivo en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado

Según la doctrina, la proporcionalidad hace parte indiscutible del proceso de interpretación del estándar de tratamiento justo y equitativo, así como de la interpretación del concepto de expropiación indirecta¹⁵⁰⁵.

En la práctica reciente de los Tribunales de arbitraje internacional de inversiones con el Estado, observamos que, al igual que el OSD de la OMC, los tribunales han reaccionado omitiendo pronunciarse de forma expresa, sobre el uso de la proporcionalidad en la interpretación de los tratados internacionales, a pesar de las solicitudes, por al menos, una de las partes procesales¹⁵⁰⁶. Del mismo modo, han rechazado el uso de la proporcionalidad en la interpretación de los Tratados, pues se considera que las circunstancias fácticas objeto de estudio no coinciden con las de los laudos en los que se ha hecho uso de la proporcionalidad en el proceso interpretativo. Por ejemplo, en el asunto, *Vigotop limited c. Hungary*¹⁵⁰⁷, ante la solicitud del demandante de tener en cuenta la proporcionalidad en la interpretación de la cláusula de expropiación indirecta, el Tribunal de arbitraje consideró que, por no estar ante los mismos hechos del laudo *Occidental Petroleum*, no era necesario llevar a cabo un análisis de

¹⁵⁰⁵ Ver: SCHILL, Stephan W. "Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law", *IILJ Working Paper, (Global Administrative Law Series)*, vol. 6, 2006. (www.iilj.org), pp. 1-39, p. 23. KINGSBURY Benedict & SCHILL Stephan « Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest - the Concept of Proportionality », in *International investment law and comparative public law*, 2010, pp. 75-104, p. 77.

¹⁵⁰⁶ En orden cronológico: CIADI, laudo del 2 de marzo de 2015, en el asunto: *Hassan Awdi, y otros vs Romania*, No. ARB/10/13; CIADI, laudo del 16 de Septiembre de 2015, en el asunto: *Quiborax S.A. and Non Metallic Minerals S.A. vs Plurinational State of Bolivia*, No. ARB/06/2; CPA, bajo las reglas CNUDMI de 1976, del 25 de julio de 2016, en el asunto: *CC/DEVAS (Mauritius) LTD., y otros vs. The Republic of India*, No. 2013-09; CIADI, laudo del 19 de Diciembre de 2016, en el asunto: *Crystallex International Corporation vs República Bolivariana de Venezuela*, No. ARB(AF)/11/2; CIADI, laudo del 31 de Mayo de 2016, en el asunto: *Corona Materials LLC vs República dominicana*, N.º ARB(AF)/14/3; CIADI, laudo del 27 de diciembre de 2016, en el asunto: *Blusun S.A. Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein Vs Italian Republic*, No. ARB/14/3 CPA, laudo del 22 de febrero de 2017, en el asunto: *WNC Factoring LTD vs The Czech Republic*, No. 2014-34; CIADI, laudo del 30 de Noviembre de 2017, en el asunto: *Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*, No. ARB/14/21; CIADI, laudo del 27 de septiembre de 2017, en el asunto: *Caratube International Oil Company LLP y otro vs Republic of Kazakhstan*, No. ARB/13/13; CIADI, laudo del 7 de Marzo de 2017, en el asunto: *Cevin Investissements S.A. y otro. c. República de Costa Rica*, No. ARB/13/2; CIADI, laudo del 4 de Mayo de 2017, en el asunto: *Eiser Infrastructure Limited y otro vs Reino de España*, No. ARB/13/36; CIADI, laudo del 31 de Mayo de 2017, en el asunto: *Orascom TMT Investments S.à r.l. c. La République algérienne démocratique et populaire*, No. ARB/12/35; CPA, segundo laudo arbitral parcial-Track II-, bajo las reglas UNCITRAL, del 30 de agosto de 2018, en el asunto: *Chevron Corporation, Texaco Petroleum Company vs The Republic of Ecuador*. No 2009-23; CIADI, laudo del 31 de mayo de 2019, en el asunto: *William Richard Clayton, y otros vs The Republic of Canada* No. ARB/15/15; CPA, laudo del 20 de mayo de 2019, en el asunto: *Clorox España, S.L. vs República Bolivariana de Venezuela*, No. 2015-30.

¹⁵⁰⁷ CIADI, laudo del 1 de Octubre de 2014. No. ARB/11/22.

proporcionalidad, centrando su estudio en otros puntos de derecho¹⁵⁰⁸. Otro ejemplo lo encontramos en el asunto *Adel a Hamadi al Tamimi vs Sultanate of Oman*¹⁵⁰⁹, en donde el Tribunal consideró que la controversia que se deduce de los hechos constatados no hacen necesario el estudio de la proporcionalidad, dentro de la interpretación del estándar de tratamiento justo y equitativo¹⁵¹⁰.

Sin embargo, a diferencia de la práctica reciente de la OSD, los Tribunales de arbitraje han hecho un uso más frecuente y prolongado de la proporcionalidad, en especial, frente a dos temas: el estándar de tratamiento justo y equitativo y la expropiación indirecta, y excepcionalmente, en la determinación de la compensación debida. En efecto, en el asunto: *Gold Reserve Inc. vs Bolivarian Republic of Venezuela*¹⁵¹¹ el tribunal de arbitraje consideró que, en virtud de que el artículo II(2) del TBI suscrito entre las partes, establece que el estándar de tratamiento justo y equitativo deberá interpretarse a la luz de los principios del derecho internacional, y con base en el artículo 31 de la CVDT, “*the Tribunal must consider the present status of development of public international law in the field of investment protection*”, para finalmente utilizar el estándar de proporcionalidad, dentro de la interpretación del estándar de tratamiento justo y equitativo¹⁵¹².

Del mismo modo, la proporcionalidad es tenida en cuenta en la interpretación del estándar de tratamiento justo y equitativo, en el sentido que, si estamos ante una medida desproporcionada que ha afectado los intereses del inversionista, incluso sus expectativas legítimas, entonces estamos ante un tratamiento injusto y/o inequitativo. Este análisis también se observa, entre otros, en los asuntos: *Electrabel s.a. c. Hungary*¹⁵¹³, *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A*¹⁵¹⁴, *c. Republic of Albania*, *Burlington Resources Inc. vs República de Ecuador*¹⁵¹⁵, *UAB Energija vs Republic of Latvia*¹⁵¹⁶, *Antaris GmbH, y otro vs República checa*¹⁵¹⁷, *Antin y otros vs Kingdom of Spain*¹⁵¹⁸, *Unión Fenosa Gas S.A. vs Arab*

¹⁵⁰⁸ *Ibidem*, párrafo 631, p. 171 y párrafo 634 (viii), p. 175. A la misma conclusión llega el CIADI, en el asunto: *Bernhard Friedrich y otros c. Republic of Zimbabwe*, CIADI, laudo del 28 de julio de 2015, en el asunto:, No. ARB/10/15, párrafos 460 a 468.

¹⁵⁰⁹ CIADI, laudo del 3 de Noviembre de 2015, ARB/11/33.

¹⁵¹⁰ *Ibidem*, párrafos 393 y 446.

¹⁵¹¹ CIADI, laudo del 22 de septiembre de 2014, , No. ARB(AF)/09/1.

¹⁵¹² *Ibidem*, párrafos 567 a 576, pp. 139-143.

¹⁵¹³ CIADI, laudo del 25 de Noviembre de 2015, ARB/07/19, párrafos 132 a 220.

¹⁵¹⁴ CIADI, laudo del 30 de Marzo de 2015, ARB/11/24, párrafo 657.

¹⁵¹⁵ CIADI, laudo del 30 de Noviembre de 2017, ARB/08/5, párrafo 632.

¹⁵¹⁶ CIADI, laudo del 22 de diciembre de 2017, ARB/12/33, párrafo 804.

¹⁵¹⁷ CPA-, laudo del 2 de mayo de 2018, CASE N° 2014-01, párrafo párrafo 444

*Republic of Egypt*¹⁵¹⁹, *Foresight Luxembourg Solar y otros vs. Kingdom of Spain*¹⁵²⁰, *Greentech Energy Systems A/S, y otros v. The Italian Republic*¹⁵²¹, *Phillips Petroleum Company vs. Petróleos de Venezuela, S.A y otros*¹⁵²²; *Soles badajoz GMBH vs Kingdom of Spain*¹⁵²³, y *Marfin Investment Group Holdings S.A., and others vs. Republic of Cyprus*¹⁵²⁴.

En cuanto a la determinación de la expropiación indirecta, los tribunales de arbitraje también han hecho uso de la proporcionalidad, en algunas de sus decisiones, para la interpretación de este concepto. De hecho, la declaratoria de responsabilidad internacional del Estado de acogida, con ocasión de la implementación de una medida de expropiación indirecta, depende del carácter desproporcionado de la medida. De esto dan cuenta los asuntos: *Koch Minerals SARL y otro, vs. Republic of Venezuela*¹⁵²⁵, *Alvarez y Marín Corporación S.A., y otros c. República de Panamá*¹⁵²⁶, *Cortec Mining Kenya Limited y otro vs Republic of Kenya*¹⁵²⁷, *Marfin Investment Group Holdings S.A., and others vs. Republic of Cyprus*¹⁵²⁸ *South American Silver Limited vs. El Estado Plurinacional de Bolivia*¹⁵²⁹ ; *UP and C.D Holding Internationale v. Hungary*¹⁵³⁰.

Finalmente, encontramos algunos laudos en los que los Tribunales de arbitraje, una vez han considerado que se está ante la responsabilidad internacional del Estado de acogida frente a los derechos del inversionista, acogen el criterio de proporcionalidad para determinar la compensación debida. Por ejemplo, en el asunto, *Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafteh-Abou Lahoud c. La République Démocratique du Congo*¹⁵³¹, El Tribunal tiene en cuenta la proporcionalidad en la estimación de la indemnización debida pues considera que, la proporcionalidad hace parte, de forma implícita, de los principios contenidos en el artículo 31 del proyecto de artículos de la CDI sobre Responsabilidad internacional de los Estados¹⁵³².

¹⁵¹⁸ CIADI, laudo del 15 de junio de 2018, ARB/13/31, párrafo 556 y ss.

¹⁵¹⁹ CIADI, laudo del 31 de Agosto de 2018, ARB/14/4, párrafo 9.131.

¹⁵²⁰ ICCE, 14 de Noviembre de 2018, (2015/150), párrafo 377.

¹⁵²¹ ICCE, 23 de diciembre de 2018, (2015/063), párrafos 736 y 760.

¹⁵²² ICC, del 24 de abril de 2018, No. 20549/ASM/JPA (C-20550/ASM), párrafos 133-iv, y 170.

¹⁵²³ CIADI, laudo del 31 de julio de 2019, ARB/15/38, párrafo 308 y ss.

¹⁵²⁴ CIADI, laudo del 26 de julio de 2018, ARB/13/27, párrafos 1211 a 1236.

¹⁵²⁵ CIADI, laudo del 30 de Octubre de 2017, ARB/11/19, párrafo 7.19.

¹⁵²⁶ CIADI, laudo del 12 de octubre de 2018, ARB/15/14, párrafos 151 a 154.

¹⁵²⁷ CIADI, laudo del 22 de octubre de 2018, ARB/15/29, párrafos 320 y 343.

¹⁵²⁸ CIADI, *op.cit.*, párrafos 826 a 831, 1087 y ss.

¹⁵²⁹ CPA, laudo bajo las reglas CNUDMI, de fecha 22 de Noviembre de 2018, No. 2013-15, párrafo 570.

¹⁵³⁰ CIADI, laudo del 9 de octubre de 2018, ARB/13/35, párrafos 452 y ss.

¹⁵³¹ CIADI, laudo del 7 de febrero de 2014. No. ARB/10/4

¹⁵³² *Ibidem*, párrafos 555 a 556

Así mismo, en el asunto *9Ren Holding S.Á.R.L., c. Reino de España*¹⁵³³, el Tribunal adopta el criterio de proporcionalidad para decidir que cabe la petición de intereses compuestos capitalizables solicitada por el demandante en relación con el pago de la condena¹⁵³⁴.

De acuerdo con lo antes visto, la proporcionalidad está en proceso de consolidarse como una herramienta explícita de interpretación de los Acuerdos y tratados internacionales económicos. Recordemos que, a pesar de las deficiencias en la calificación de su origen y naturaleza jurídica, el rol del principio de proporcionalidad, al igual que otros principios en el derecho internacional, « *se réduit à combler certaines lacunes du droit coutumier et conventionnel, ou à éviter les impasses d'une apparence de lacune juridique. Ces principes ne constitueraient donc qu'une source non seulement supplétive mais subsidiaire du droit international* »¹⁵³⁵. De manera que, el principio de proporcionalidad puede aportar al mejoramiento de la interpretación de los tratados y acuerdos en materia económica, especialmente en caso de obscuridad o vacíos.

Así su rol sea supletivo y subsidiario, puede cumplir con otra función técnica y es la de aportar a la justificación de las decisiones.

Sección 2. Un instrumento latente en la justificación de las decisiones

En el derecho público general, se reconoce el rol del principio de proporcionalidad en la justificación del control judicial. Al respecto, Kai MOLLER advierte: “*What is the added value of principle of proportionality? The added value is that the proportionality test provides a structure which guides judges through the reasoning process as to whether a policy is constitutionally legitimate*”¹⁵³⁶.

Tal como hemos visto, la proporcionalidad es aplicada dentro de la estructura silogística del OSD de la OMC y de los TAIIE es decir, en medio de la interpretación de la norma, aplicable al caso concreto. Ciertamente, la labor de los órganos jurisdiccionales está limitada a las competencias atribuidas por los reglamentos y normas específicas, o *lex specialis*. Sin embargo, el rol que juegan en la escena internacional es bastante importante, puesto que sus decisiones tienen repercusiones económicas para los Estados e incluso para la forma en que se

¹⁵³³ CIADI, laudo del 31 de mayo de 2019, ARB/15/15.

¹⁵³⁴ *Ibidem*, párrafo 428.

¹⁵³⁵ DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias & PELLET Alain, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8ème édition, 2009, 1709 p., p. 382.

¹⁵³⁶ MOLLER Kai, *The global model of constitutional rights*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 179.

desarrollan los intereses públicos, a favor del libre comercio y las inversiones internacionales. De allí que, entre mejor explicadas y justificadas estén sus decisiones, mayor coherencia y legitimidad ostentarían. En cuanto a la coherencia con el derecho internacional público, el principio de proporcionalidad : “*may provide one way to counter risks of a clinical isolation of international investment law, and to build some degree of coherence into aspects of an international economic order*”¹⁵³⁷.

De hecho, la proporcionalidad, permite adaptar los textos jurídicos rígidos a la riqueza y variedad de sus contextos de aplicación, al mismo tiempo que asegura la gestión de una realidad internacional cambiante, más allá de la concepción fija de seguridad jurídica. La aplicación de la proporcionalidad permite que el intérprete de la norma internacional tenga en cuenta no solo la voluntad del legislador internacional sino también las necesidades sociales de la comunidad, los derechos o intereses en conflicto, así como los valores internacionales en vista de llegar a una solución. En ese sentido, la proporcionalidad permite la reflexión más allá del positivismo jurídico.

Si bien es cierto, la función de coherencia que cumple la proporcionalidad en las decisiones de los órganos jurisdiccionales bajo estudio, es menos visible que la de interpretación, no por ello menos importante. Al contrario, no podemos tener una visión completa del rol actual y potencial de la proporcionalidad, sino evidenciamos cada una de sus funciones. La poca visibilidad se debe, por una parte, al desarrollo más implícito que explícito que ha tenido la proporcionalidad en la práctica de la solución de diferencias en la OMC. Por otra parte, los problemas en la estructura argumentativa que presentan los laudos arbitrales de inversiones internacionales con el Estado¹⁵³⁸, dificultan la tarea de análisis de los motivos del árbitro internacional.

A pesar del estado actual de la materia, buena parte de la doctrina apoya el uso de la proporcionalidad, en la búsqueda de decisiones mejor argumentadas (§1). Además, algunas

¹⁵³⁷ KINGSBURY Benedict & SCHILL Stephan « Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest - the Concept of Proportionality », *International investment law and comparative public law*, 2010, p. 104. Al respecto, ver también: CALAMITA N. Jansen, « The principle of proportionality and the problem of indeterminacy in international investment treaties », in BJORKLUND Andrea, *Yearbook on international investment law & policy*, 2013-2014, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 157-200. P: 205.

¹⁵³⁸ JACOB Patrick & LATTY Franck, *op.cit.*, p. 610.

decisiones del OSD de la OMC y de los tribunales de arbitraje internacional de inversiones, en las que se ha aplicado de forma explícita la proporcionalidad, dejan entrever los aportes que hace, tanto en la continuidad de las decisiones proferidas como en la armonización con el sistema jurídico al que pertenecen (§2)¹⁵³⁹.

§1- El estándar de proporcionalidad mejora la argumentación de las decisiones

Es bien sabido que, en otros ámbitos del derecho, la proporcionalidad constituye la estructura principal, no silogística, a partir de la cual se resuelve un conflicto entre dos principios o dos derechos, bien sea a través del test de origen europeo (estudio de la idoneidad, necesidad y ponderación de la medida), o bien a través del “*balancing*” propio del derecho anglosajón. Sin importar la forma que tome, la proporcionalidad es reconocida por la doctrina como un instrumento de perfeccionamiento de la discrecionalidad judicial, puesto que contribuye al razonamiento del órgano jurisdiccional más profundo, donde se tienen en cuenta las circunstancias bajo las cuales se tomó la decisión, los intereses en conflicto y se explican las razones por las que se considera que la medida tomada por el Estado era o no proporcionada. De esta manera, se toman decisiones más racionales, con lo cual, se aporta al mejoramiento de la actividad jurisdiccional.

Teniendo en cuenta que la proporcionalidad explícita ha sido poco aplicada, tal vez un poco más en el arbitraje internacional Inversionista-Estado que en la práctica del OSD, observamos que la función de coherencia de las decisiones, que la proporcionalidad puede cumplir, es más real que latente. Es posible encontrar los aportes a la justificación de las decisiones en los informes y laudos donde la proporcionalidad si ha sido aplicada, incluso de forma implícita¹⁵⁴⁰.

Por ahora, es importante resaltar el discurso doctrinal en torno a la función que cumple la proporcionalidad en el razonamiento de los órganos jurisdiccionales bajo estudio. Pues bien, la ponderación no es un concepto jurídico pensado para brindar certezas plenas pero sí está diseñada para alcanzar tanto racionalidad como certezas plausibles, en caso de colisión

¹⁵³⁹ Estas funciones serán abordadas desde la perspectiva técnica, sin perjuicio de su análisis ideológico, que será analizado en el capítulo siguiente. Cfr. Capítulo 8, *supra*.

¹⁵⁴⁰ Cfr. capítulos 4, 5 y 6, *supra*.

entre principios, derechos o intereses. La proporcionalidad sirve para tomar decisiones racionales, “que no aspiran a ser la única respuesta correcta pero sí una que esté justificada y que pueda sostenerse en la deliberación jurídica y democrática de las sociedades pluralistas y democráticas”¹⁵⁴¹. Además, se destaca el ejercicio de razonabilidad que implica, es decir, es un esquema argumentativo con el que el juez o árbitro racionalizan su discrecionalidad. *“It determines the information which should be considered which includes the proper purpose of the limiting law, its rational connection to the means used by the law, the law’s necessity, and the margin social importance of the purpose of the limiting law compared to the marginal social importance of preventing the harm of the right”*¹⁵⁴².

En el derecho internacional, la proporcionalidad sirve para limitar las extralimitaciones del poder de los Estados en el manejo de sus relaciones internacionales:

*“The proportionality principle constitutes a legal and judicial standard to assess the reach and effect of measure taken by states or individuals. In particular, it facilitates the solution of conflicts or tensions between different rights and obligations by providing a tool to evaluate justifications for interferences with other rights and obligations. The principle is used to determine whether a measure has gone too far, in law or in fact. It helps to construe the border between legitimate governmental regulation and excessive interference with rights and obligations that stated hold simultaneously”*¹⁵⁴³.

Desde el análisis global de la actividad jurisdiccional, se advierte que el análisis de proporcionalidad, *“has provided an important doctrinal underpinning for the rights-based expansion of judicial authority across the globe”*¹⁵⁴⁴. De hecho, los jueces que decidan hacer uso de la proporcionalidad en sus análisis, *“give some measure of coherence to adjudication by developing stable procedures for arriving at decisions”*¹⁵⁴⁵.

¹⁵⁴¹ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 139, 2014, pp. 65-100, p. 69.

¹⁵⁴² BARAK Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, New York, Cambridge University Press, 2012, 638 p., p. 459.

¹⁵⁴³ FRANCK Thomas M., “On Proportionality of Countermeasures in International Law”. *The American Journal of International Law*, Vol. 102, No. 4, 2008, pp. 715-767, p 751.

¹⁵⁴⁴ STONE SWEET Alec & MATHEWS Jud, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008. Faculty Scholarship Series, vol. 47, pp. 1-65, p.61.

¹⁵⁴⁵ *Ibidem*, p. 10.

Además, aporta “*a much more transparent analytical structure for decision making engaging competing public and private interests*”¹⁵⁴⁶.

En el sistema OMC, la proporcionalidad ha sido reconocida por los autores, gracias a su rol en el derecho en general. “*The first, more general, form of the proportionality principle provides a guide to balancing competing rights, values or other objectives. (...)*”¹⁵⁴⁷. Así mismo, “*it is a key tool for the judiciary to give substance to relatively open-ended norms by connecting them to their objectives*”¹⁵⁴⁸. Es considerado como un método para establecer un equilibrio entre los intereses opuestos que tienen el mismo valor o incluso valores distintos:

“*Le mérite du principe de proportionnalité est surtout de constituer un cadre logique permettant de peser tous les arguments pertinents. Leur poids varie en fonction des droits (exception classique ou droit de valeur égale) en cause, mais aussi selon les faits qui se rattachent aux droits.(...) C'est un principe souple, rappelant à l'utilisateur le genre d'arguments à mettre dans la balance, mais lui laissant le choix lorsqu'il s'agit de peser ceux-ci. Ce n'est à vrai dire qu'un guide de réflexion*”¹⁵⁴⁹.

En cuanto a la discrecionalidad involucrada en la proporcionalidad, se observan sus ventajas. Por un lado, le permite a la persona que realiza un análisis de proporcionalidad pensar de manera analítica, no omitir las cosas que deberían considerarse y considerarlas en su tiempo y lugar. La proporcionalidad también fomenta el uso del análisis del derecho comparado, ya que puede demostrar fácilmente si existe una base adecuada para la comparación. Esta flexibilidad en el razonamiento debe ser manejada por cuidado por el órgano jurisdiccional que aplique la proporcionalidad, es decir, “*this same open-endedness means that the test must be clearly defined in order to ensure that it can provide the desired legitimacy*”¹⁵⁵⁰.

El uso de la proporcionalidad en materia de arbitraje internacional Inversionista-Estado, ha tenido un mayor desarrollo doctrinal que en relación con el uso por parte del OSD de la

¹⁵⁴⁶ HENCKELS Caroline, « Indirect Expropriation and the Right to Regulate : Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration », in *Journal of International Economic Law*, 2012, vol. 15, n°1, pp. 223-255, p. 228.

¹⁵⁴⁷ MITCHELL Andrew, “Proportionality and Remedies in WTO Disputes », in *European journal of International law*”, *Journal européen de droit international*, vol. 17, n°5, 2007, pp. 985-1008, p. 1008.

¹⁵⁴⁸ ANDENAS Mad & ZLEPTNIG Stefan, *op.cit.*, p. 385.

¹⁵⁴⁹ BARTENSTEIN Kristin, «L'article XX du GATT: le principe de proportionnalité et la concordance concrète entre le commerce et l'environnement », *Les Cahiers de droit*, vol. 43, n° 4, 2002, pp. 651-684; p. 677.

¹⁵⁵⁰ REID Emily, *Balancing Human Rights Environmental Protection and International Trade. Lessons from the EU Experience*, Oxford, Hart Publishing « Studies in International Trade Law », 2015, 364 p., p. 13.

OMC. Esto se puede deber a que hay un mayor desarrollo arbitral sobre el tema. Sin embargo, el arbitraje internacional Inversionista-Estado no tiene comportamientos predecibles en cuanto al uso de la discrecionalidad o a la exposición de motivos en sus decisiones. De hecho, hay laudos en los que el Tribunal se toma varias páginas para discutir sobre un punto de derecho, y otros laudos en los que no dedica más de un párrafo¹⁵⁵¹. A pesar de las problemáticas de comprensión de la práctica arbitral, la doctrina presenta las ventajas que la aplicación de la proporcionalidad aportaría a la justificación y coherencia de los laudos arbitrales.

Los conceptos de derecho público, tales como la proporcionalidad, pueden ayudar a abordar las inquietudes que surgen a este respecto y acomodar el impacto de asuntos no relacionados con la inversión dentro del sistema de derecho y arbitraje de inversión internacional. *“While the conceptual approaches used by investment tribunals to deal with conflicts between investors rights and Other public interests often appear insufficient, arbitral tribunals could draw on public law concepts used in various Other international and national courts and tribunals, notably by having recourse to proportionality analysis in order to balance rights and rights-limiting policy choices”*¹⁵⁵².

En el estudio de anulación de un laudo arbitral, el análisis de proporcionalidad sirve de argumento para anular la decisión¹⁵⁵³. De hecho, *“filling lacunae in the applicable law helps judges do their jobs better, and developing due process helps to enhance their legitimacy when confronting controversial cases”*¹⁵⁵⁴.

Bien sea a través de la estructura de tres pasos o cuatro pasos de origen europeo, o bien la proporcionalidad utilizada en el derecho internacional de las contramedidas, *“proportional-*

¹⁵⁵¹ ALRASHID Meriam & MERIZALDE Juan Felipe, “Awarding Damages: Proportionality, Contributory Fault and Arbitral Tribunal’s Discretion or Toss of a Coin?: panel discussion”, pp. 335-381., in LAIRD Ian, SABAH Borzu, SOURGENS Frédéric & WEILER Tood, *Investment Treaty Arbitration and International law*, Vol. 8, Huntington, JurisNet, 2015, 416 p., p. 377.

¹⁵⁵² KINGSBURY Benedict & SCHILL Stephan « Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest - the Concept of Proportionality », in *International investment law and comparative public law*, 2010, pp. 75-104, p. 77. Para Stone Sweet, la proporcionalidad *“offers to arbitrators the best available doctrinal framework with which to meet the present challenges to the BIT-ICSID system”*. Ver STONE SWEET Alec, « Investor-State Arbitration: Proportionality’s New Frontier », in *Law and Ethics of Human Rights*, vol. 4, n°1, 2010, pp. 47-76, p. 76.

¹⁵⁵³ MARTIN Anne Marie, « Proportionality: An Addition to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes’ Fair and Equitable Treatment Standard », *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 37, No. 3. 2014, pp. 58-71, p. 70.

¹⁵⁵⁴ STONE SWEET Alec & CANANEIA Giacinto della, “Proportionality, General Principles of Law, and Investor-State Arbitration: a Response to Jose Alvarez”. *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 46; No. 911, 2013-2014, pp. 916-954, p. 954.

ity is aimed at a constant review of the existence of a rational justification for the limitation imposed on the right, while taking into consideration each case's circumstances”¹⁵⁵⁵. En todo caso, es importante que en el uso de la proporcionalidad sea prudente, “Investment tribunals should apply a standard of review in proportionality analysis that reflects their role as international adjudicators of disputes engaging matters of public law and should, cognizant of rationales for deference at varying stages of proportionality analysis, be deferential in their assessment of matters that are more appropriately the province of national decision-makers”¹⁵⁵⁶

Además, el estándar de proporcionalidad es una metodología más robusta que la utilizada con el análisis de la razonabilidad, porque “review for ‘reasonableness’ risks impressionistic decision-making, as a tribunal’s conclusions may not be accompanied by a structured analysis revealing the reasons for its decision, obscuring the normative foundation of a decision”¹⁵⁵⁷.

También puede servir para evitar la tan criticada respuesta “*I Know when I see it*”. Esta es la respuesta que, según la doctrina, los Tribunales internacionales de arbitraje Inversionista-Estado suelen dar ante la pregunta: ¿cuándo?, ¿cómo? o en cuáles circunstancias estamos ante una medida estatal de expropiación indirecta? Es decir que no están claramente establecidos los parámetros a partir de los cuales esta pregunta se va a resolver con un completo razonamiento arbitral, “when it comes to understanding precisely when and how State conduct that interferes with an investment will be found to comprise an expropriation, the foreign investor would be wise to heed the credo: “caveat investor.”¹⁵⁵⁸.

Es allí donde el estándar de proporcionalidad es importante para mejorar el razonamiento arbitral, dándole pistas a las partes sobre la forma en que a futuro serán

¹⁵⁵⁵ HENCKELS Caroline, “Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration”; *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 4, No. 1, 2013, pp. 197–215, p. 199.

¹⁵⁵⁶ HENCKELS Caroline, « Indirect Expropriation and the Right to Regulate : Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration », in *Journal of International Economic Law*, 2012, vol. 15, n°1, pp. 223-255, p. 255.

¹⁵⁵⁷ HENCKELS Caroline, « Indirect Expropriation and the Right to Regulate : Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration », in *Journal of International Economic Law*, 2012, vol. 15, n°1, pp. 223-255, p. 229. Ver también: BURKE-WHITE William W. & VON STADEN Andreas, “Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations”, *Yale Journal of International Law*, vol. 35, No. 2, 2010, pp. 283-346, p. 335

¹⁵⁵⁸ FORTIER Yves and DRYMER, Stephen L., “Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor”, *ICSID Review*, vol. 19, 2004, p. 294.

estudiadas las disposiciones sobre expropiación indirecta. *“Without the proportionality analysis the concept of indirect expropriation, for example, risks degrading to an analysis without rationalization: “I know it when I see it. (...) Proportionality, in this respect, may provide more predictability than the lack of any intelligible standard of weighing and balancing, in particular if the procedural aspect or version of proportionality analysis is emphasized, instead of the more substantive versions undertaken under this heading by some domestic courts”*¹⁵⁵⁹.

Aunque la proporcionalidad no es aplicada de forma directa en los laudos de los Tribunales de arbitraje, sino en la calificación jurídica de los hechos, es decir, dentro del proceso de interpretación de la disposición convencional, su uso aporta al perfeccionamiento de la actividad de los órganos de decisión, *“because of its scope and flexibility-it allows arbitrators to see the entire contextual field and to narrow or expand their intervention as required. Proportionality analysis will determine what the investor and the State can reasonably expect from the other, and what is arbitrary or unfair. Balancing under the FETS also makes it possible for arbitrators to incorporate concerns for third party interests”*¹⁵⁶⁰.

En materia de compensación al inversionista, el razonamiento arbitral de “todo o nada” podría replantearse teniendo en cuenta un análisis de proporcionalidad, desde la perspectiva del “balancing”. *“By applying a proportionality test this system would introduce the necessary flexibility. As regards regulatory interferences that achieve the level of severity of an expropriation, the dilemma for tribunals to accord either full compensation or non at all would no longer exist. Therefore this proposal presents a meaningful alternative to the present “all or nothing system”*¹⁵⁶¹.

of international law”, CDI, 58 sesión, Ginebra, 1 de mayo-9 de junio y 3 de julio-11 de agosto de 2006, No. A/CN.4/L.682 p. 91, párrafo 172.

¹⁵⁵⁹ KINGSBURY Benedict & SCHIL Stephan, « Investor-state Arbitration as Governance : Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administration Law » in *50 Years of the New York Convention : [ICCA International Arbitration Congress]*, Kluwer Law International, 2009, pp. 5-68, p. 30 a 31. Ver también: HENCKELS Caroline, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration. Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 266 p. , p. 123 a 124.

¹⁵⁶⁰ STONE SWEET Alec & GRISEL Florian, « Transnational investment arbitration : From Delegation to Constitutionalization ? », pp. 118-136, p. 130, in DUPUY Pierre-Marie, FRANCIONI Francesco & PETERSMANN Ernst-Ulrich (Ed.), *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009 648 páginas, p. 130. Ver también: KINGSBURY Benedict & SCHIL Stephan, « Investor-state Arbitration as Governance : Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administration Law » *op.cit.*, pp. 5-68, p. 30.

¹⁵⁶¹ KRIEBAUM Ursula, « Regulatory Takings : Balancing the Interests of the Investor and the State », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8. no. 5, 2007, pp. 717-744. Ver: COHEN SMUTNY Abby, “Some

De acuerdo con lo expuesto por la doctrina, el análisis de proporcionalidad dentro de la interpretación de los Acuerdos y tratados mejora la estructura argumentativa del órgano jurisdiccional. De esta manera, se beneficia el razonamiento decisonal, aportando a su coherencia, explicación y justificación.¹⁵⁶² La doctrina apoya la función de justificación y coherencia que cumple la proporcionalidad cuando se aplica por parte de los órganos jurisdiccionales, tanto en el derecho internacional del comercio y de las inversiones. *“In both cases, trade values and investor rights, respectively, need to be balanced against non-economic policy considerations. Here, proportionality analysis may provide a doctrinal structure for an integrative handling of regime interfaces”*¹⁵⁶³

Sin embargo, en virtud que la proporcionalidad explícita no ha sido aplicada de forma frecuente, la función de justificación y coherencia de las decisiones, tan recordada por la doctrina, es actualmente latente. Es importante tener en cuenta que, el desarrollo de la justificación dependerá de las circunstancias de cada caso concreto y que entre más profundo y claro sea el análisis de proporcionalidad mejor se desarrollará la función de coherencia y justificación de las decisiones. Además, tal como hemos observado respecto del análisis en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado, la proporcionalidad es en muchas ocasiones mencionada como parte de la argumentación. Si bien, no se ha desplegado el argumento con mayores explicaciones, el estándar de proporcionalidad está en constante evolución de manera que, a futuro, puede llevar a un aporte más significativo en la justificación de la decisión jurisdiccional.

Además de ser un instrumento latente en la justificación en las decisiones, la proporcionalidad aporta a que las decisiones de los órganos jurisdiccionales, bajo estudio, tengan en cuenta decisiones anteriores, y en algunos casos el derecho comparado, generando una continuidad y armonización con el sistema jurídico al que pertenecen.

Observations on the Principles Relating to Compensation in the Investment Treaty Context”, *Icsid Review—Foreign investment law journal*, Vol. 22, No. 1, 2007, Pages 1–23, p. 4. Ver también: HARIHARAN Srikanth, « Distinction between Treaty and Contract : the Principle of Proportionality in State Contractual Actions in Investment Arbitration », in *The journal of world investment & trade*, vol. 14, n°6, 2013, pp. 1019-1054, p. 1032

¹⁵⁶² Ver COHEN-ELIYA Moshe & PORAT Iddo, “Proportionality and the Culture of Justification”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 59, 2011, pp. 463-490, p. 481. También ver: PETERSMANN Ernst-Ulrich, “Need for a New Philosophy of International Economic Law and Adjudication”, *Journal of International Economic Law*, No. 17, pp. 639–669, p. 641.

¹⁵⁶³ KLEINLEIN, Thomas. "Judicial Lawmaking by Judicial Restraint - The Potential of Balancing in International Economic Law." *German Law Journal*, vol. 12, no. 5, 2011, p. 1141-1174, p. 1150.

§2- El estándar de proporcionalidad aporta a la coherencia de las decisiones

Además de ser reconocido por la doctrina, algunas de las recientes decisiones bajo estudio, muestran que en los casos en que se ha utilizado la proporcionalidad, dentro del análisis interpretativo, los órganos jurisdiccionales también recurren a la corriente jurisprudencial en la que se encuentra este estándar jurídico, es decir, bien sea a decisiones anteriores sobre el mismo tema, o bien, a decisiones de otros organismos jurisdiccionales, donde la proporcionalidad ha servido de estándar jurídico de interpretación.

Es así como, a pesar de no contar con una obligación expresa de respeto a un precedente judicial, la proporcionalidad abre el diálogo entre los grupos especiales y órganos de apelación de la OMC, y entre los Tribunales de arbitraje de inversiones con ellos mismos o con otros organismos jurisdiccionales. De hecho, *“the adoption of this type of analysis can facilitate dialogue in the global community of judges, providing a ‘common language that transcends national borders and that allows for dialogue and exchange of information’ between courts and tribunals”*¹⁵⁶⁴. Ese diálogo que puede no siempre ser frecuente o profundo, aporta, a la continuidad de las decisiones tomadas, así como a la armonización de la solución de diferencias en estos ámbitos con el derecho internacional.

Es importante tener en cuenta que, los organismos jurisdiccionales a nivel internacional, no tienen en principio, obligación alguna de seguir su propio precedente jurisprudencial, de acuerdo con lo contemplado por el artículo 59 del Estatuto de la CIJ respecto de la Corte Internacional de Justicia, es decir, que las decisiones sólo tienen fuerza respecto de las partes procesales y para las circunstancias de ese caso concreto¹⁵⁶⁵. Esa libertad frente al precedente puede considerarse aplicable a los demás órganos que ejercen algún tipo de función jurisdiccional, incluido el OSD de la OMC¹⁵⁶⁶.

¹⁵⁶⁴ VADI Valentina, « Proportionality, Reasonableness, and Standards of Review in Investment Treaty Arbitration », pp. 201-228, p. 204., in BJORKLUND Andrea (Ed), *Yearbook on international investment law & policy*, 2013-2014, Oxford, Oxford University Press, 2015, 655p.

¹⁵⁶⁵ GUILLAUME Gilbert, “The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, No. 1, 2011, pp. 5–23, p. 7

¹⁵⁶⁶ RUIZ FABRI Hélène, règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage ? *Arch. phil. droit* , vol. 52, 2009, pp. 157-179, p.

Por ejemplo, el grupo especial, en el asunto *Estados Unidos - Medidas antidumping y compensatorias sobre lavadoras de gran capacidad para uso doméstico procedentes de Corea, addendum*¹⁵⁶⁷, tuvo en cuenta lo dicho por el Órgano de apelación en la decisión *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles*, para estudiar la proporcionalidad de la medida de subvención concedida, a la luz de lo contemplado en el artículo 2 del Acuerdo SMC¹⁵⁶⁸.

Igualmente, en el asunto *Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*¹⁵⁶⁹, el grupo especial hizo alusión a las decisiones del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Acero al carbono (India)*, así como el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Lavadoras*, como parte del análisis de la desproporción de la medida de subvención concedida, también en el marco del artículo 2 del Acuerdo SMC¹⁵⁷⁰.

En cuanto a la función de coherencia de la proporcionalidad en la solución de conflictos en la OMC, encontramos que las obligaciones que tiene el Estado Miembro en relación con tratados o Acuerdos distintos a los suscritos con la OMC, son tenidos en cuenta por el OSD, por ejemplo, en el examen de la vulneración al régimen de excepciones contemplado en el artículo XX del GATT. De hecho, en la decisión *China - Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno*¹⁵⁷¹ aunque no llevo a cabo un estudio de la proporcionalidad de forma explícita, el grupo especial, consideró los principios de derecho internacional de soberanía sobre los recursos naturales y de desarrollo sostenible, los cuales, en su opinión, también han de tenerse en cuenta al interpretar el apartado g) del artículo XX del GATT y a juicio del Grupo Especial, no cabe duda de que el principio general de soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales es una norma "pertinente" de derecho internacional aplicable entre las partes¹⁵⁷².

Lo antes visto, muestra los contados ejemplos en los que la proporcionalidad cumple la función de continuidad de las decisiones previamente tomadas así como la función de armonización del sistema OMC con el derecho internacional. Sin embargo, teniendo en

¹⁵⁶⁷ OMC-GE, op.cit. ver cita 81.

¹⁵⁶⁸ Párrafo 33, página C-17.

¹⁵⁶⁹ OMC-GE, op.cit.

¹⁵⁷⁰ Párrafo 8.900, pie de página 2340.

¹⁵⁷¹ Informes del Organo de Apelación, AB-2014-3, AB-2014-5 y AB-2014-6, del 7 de agosto de 2014, en el asunto: China - Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno, WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R.

¹⁵⁷² Párrafo 7.262.

cuenta la escasa frecuencia con la que la proporcionalidad es aplicada de forma expresa, consideramos que esta función es más potencial que actual. Sin que esto impida que a futuro se siga desarrollando, sobre todo porque, *“as does the Appellate Body’s recognition that adopted reports create ‘legitimate expectations’ among Members and should therefore be taken into account in deciding subsequent disputes”*¹⁵⁷³.

Cabe agregar que la proporcionalidad también puede cumplir las funciones de continuidad y armonización con el derecho internacional, en las decisiones en las que es aplicada de forma implícita. Pero en esos casos, estaremos también ante una función implícita. De hecho, existe un diálogo, más implícito que explícito entre el OSD de la OMC y el TJUE, en relación con la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito del comercio entre Estados Miembros. De alguna forma, la relación entre ambos es circular o de influencia mutua¹⁵⁷⁴, pero, *« les organes de l’OMC ne déclarent jamais leur source d’inspiration ; peut être parce qu’ils n’ont pas d’intention de révéler leur véritable démarche-qui, en toute hypothèse, ne constitue pas le seul moyen d’importer la technique en question à l’intérieur du système »*¹⁵⁷⁵.

Ahora bien, respecto de los Tribunales de arbitraje internacional Inversionista-Estado, tampoco existe una obligación de respeto al precedente. Sin embargo, encontramos algunas decisiones en las el mismo Tribunal, al momento de analizar la vulneración de las disposiciones del TBI’s, también tiene en cuenta los pronunciamientos anteriores, sobre circunstancias de hecho o de derecho similares a las planteadas en el caso bajo estudio, es decir *“that ‘a de facto doctrine of precedent’ governs investor-State arbitration”*¹⁵⁷⁶, lo que se evidencia en la aplicación de la proporcionalidad.

¹⁵⁷³ MITCHELL Alex, “The legal basis for using principles in WTO disputes”, *Journal of International law*; vol. 10, No. 4, 2007, pp. 795-835, p. 809.

¹⁵⁷⁴ ROUZZI Elisa, « L’application du principe de proportionnalité en droit de l’organisation mondiale du commerce », In RUIZ FABRA Helène & GRADONI Lorenzo (éds.), *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l’environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de législation comparée, «Collection Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris », 2009, pp. 475-492, p. 491.

¹⁵⁷⁵ Por ejemplo, con la aplicación de criterios similares a la doctrina Dassonville-Cassis de Dijon, en decisiones como la de EC-Hormones. Ver: ORTINO Federico. *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, Oxford, Hart Publishing « Studies in International Trade Law », 2004, 524 p. p. 441 y ss.

¹⁵⁷⁶ STONE SWEET Alec & GRISEL Florian, « Transnational investment arbitration : From Delegation to Constitutionalization ? », pp. 118-136, p. 130, in DUPUY Pierre-Marie, FRANCIONI Francesco & PETERSMANN Ernst-Ulrich (éd.), *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009 648 p., p. 129.

Por ejemplo, la decisión *Gold Reserve Inc. Bolivarian Republic of Venezuela*¹⁵⁷⁷, en el análisis de la supuesta vulneración del estándar de tratamiento justo y equitativo, el CIADI consideró que:

*“Rather than conducting an extensive review of the many decisions that have addressed the conditions under which a breach of the FET may be deemed to have arisen, the Tribunal shall examine a few cases whose factual circumstances appear to be closer to the facts of the present case to then draw the principles applicable for deciding the dispute pending before it”*¹⁵⁷⁸.

Con base en lo anterior, el Tribunal trae a colación lo considerado en las decisiones *Sa-luka*¹⁵⁷⁹; *Waste Management v. Mexico*¹⁵⁸⁰ *Metalclad*¹⁵⁸¹; *Total v. Argentina* y *Toto Construzioni Generali SpA v Republic of Lebanon*¹⁵⁸², y especialmente *Tecmed*¹⁵⁸³, no solo para el estudio del tratamiento justo y equitativo sino también para determinar si la medida era proporcionada o no.

Otro ejemplo, lo encontramos en la decisión: *UAB Energija vs Republic of Latvia*¹⁵⁸⁴, en donde el CIADI hace alusión a lo considerado en la decisión *LG&E*, como parte del análisis de proporcionalidad frente a la medida estatal que supuestamente vulneró el estándar de tratamiento justo y equitativo¹⁵⁸⁵.

Así mismo, en la decisión *Marfin Investment Group Holdings S.A., Alexandros Bakatselos and others vs. Republic of Cyprus*¹⁵⁸⁶, para el estudio de la proporcionalidad de la medida de expropiación indirecta, el Tribunal teniendo en cuenta la decisión *Philip Morris v. Uruguay* consideró que:

“The Tribunal further subscribes to the view that, “in order for a State’s action in exercise of regulatory powers not to constitute indirect expropriation, the action has to comply with certain conditions. Among those most commonly mentioned are that the action must be

¹⁵⁷⁷ CIADI, *op.cit.* ver cita 93.

¹⁵⁷⁸ Párrafo 567.

¹⁵⁷⁹ Párrafo 569

¹⁵⁸⁰ Párrafo 573

¹⁵⁸¹ Párrafo 574.

¹⁵⁸² Párrafo 576.

¹⁵⁸³ Párrafo 568.

¹⁵⁸⁴ CIADI, *op.cit.* ver cita 98.

¹⁵⁸⁵ Párrafos 1087 y 1088

¹⁵⁸⁶ CIADI, *op.cit.* ver cita 110.

taken bona fide for the purpose of protecting the public welfare, must be non- discriminatory and proportionate”¹⁵⁸⁷.

No solo el CIADI hace uso del ‘*in a facto doctrine of precedent*’, también encontramos decisiones de otros Tribunales de arbitraje internacional que tienen en cuenta las decisiones previas del CIADI para hacer el análisis de proporcionalidad de la medida estatal cuya vulneración de disposiciones del TBI son alegadas. Por ejemplo, en la decisión *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*¹⁵⁸⁸, el Instituto de la Cámara de Comercio de Estocolmo-ICCE-, estuvo de acuerdo “*with the Respondent that an assessment of the Respondent's actions under the FET standard allows for a balancing exercise*”¹⁵⁸⁹, citando luego, lo dicho por el CIADI en las decisiones *Electrabel y Saluka*, para hacer el análisis de proporcionalidad de la medida respecto de la supuesta vulneración del estándar de tratamiento justo y equitativo.

En cuanto a la función de armonización que cumple la proporcionalidad en el arbitraje internacional de Inversiones con el Estado con el sistema jurídico al que pertenece, encontramos decisiones en las que la jurisprudencia del TJUE, específicamente, la decisión *Charanne v. Spain*, es tenida en cuenta dentro del análisis de la proporcionalidad de la medida estatal acusada de causar un tratamiento injusto e inequitativo. Por ejemplo, en la decisión, *Antin vs Infrastructure Services Luxembourg s.à.r.l. and Antin Energia Termosolar b.v., vs. Kingdom of Spain*¹⁵⁹⁰, el CIADI tuvo en cuenta lo considerado en la decisión del TJUE sobre la proporcionalidad de la medida, como parte de los criterios para determinar la vulneración del estándar de tratamiento justo y equitativo¹⁵⁹¹. Así mismo, el ICCE, en la decisión *Foresight Luxembourg Solar y otros vs. Kingdom of Spain*¹⁵⁹², considera la proporcionalidad tratada en la sentencia *Charanne v. Spain* como parte de los criterios para determinar la vulneración de las expectativas legítimas del inversionista¹⁵⁹³

A pesar de las razones que se tengan para dudar de las funciones cumple la proporcionalidad en el derecho de las inversiones internacionales, “*the principle of proportionality has*

¹⁵⁸⁷ Párrafo 829.

¹⁵⁸⁸ ICCE, *op.cit.* ver cita 49

¹⁵⁸⁹ Párrafos 657 a 661.

¹⁵⁹⁰ CIADI, *op.cit.*, ver cita 100.

¹⁵⁹¹ Párrafo 556 y ss

¹⁵⁹² ICCE, *op.cit.* ver cita 102.

¹⁵⁹³ Párrafo 377 y ss.

the potential to help structure both the relationships between states and foreign investors and between states and investment tribunals, and the relationship between international investment law and other sub-areas of international law”¹⁵⁹⁴.

¹⁵⁹⁴ KINGSBURY Benedict & SCHILL Stephan « Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest - the Concept of Proportionality », in International investment law and comparative public law, 2010, pp. 75-104, p. 104.

Conclusiones del capítulo

De acuerdo con lo antes visto, la proporcionalidad cumple con dos funciones técnicas importantes, servir de criterio de interpretación, y aportar a la justificación, coherencia, continuidad y armonización de las decisiones con el contexto jurídico al que pertenecen. El órgano jurisdiccional que aplica el estándar de proporcionalidad decide salir de la zona de confort propia de la *lex specialis*, y buscar en la *lex generalis* un fundamento jurídico distinto para su análisis, con lo que reivindica la convergencia del derecho de la OMC y de las inversiones internacionales con el derecho comparado¹⁵⁹⁵.

Es notable que la proporcionalidad es un estándar jurídico de poco uso explícito en el ámbito bajo estudio. No tiene una aplicación perfecta, no es una aplicación completa, no es frecuente, pero eso no significa que no se presente, que no se esté formando y que no sea posible aplicarla a futuro, de forma cada vez más consistente. Recordemos que la proporcionalidad es un estándar en constante movimiento y su reconocimiento explícito y cada vez más frecuente, en las reglas convencionales recientes, nos muestra un potencial de evolución hacia una situación jurídica más satisfactoria, en donde podrían verse con mayor visibilidad las funciones que puede cumplir, en tanto que técnica jurídica de razonamiento jurisdiccional.

De hecho, con base en el uso reciente, explícito e implícito, se observa que la proporcionalidad, poco a poco ha ido ganando un espacio en las decisiones del OSD de la OMC así como en el arbitraje internacional Inversionista-Estado. Los órganos jurisdiccionales han traído este estándar proveniente de la *lex generalis* y lo han ubicado dentro del ejercicio interpretativo y con este estándar tienen en cuenta las decisiones anteriores o las proferidas por otros órganos jurisdiccionales, haciendo interactuar la *lex specialis* con la *lex generalis*, así como un diálogo favorecedor de la coherencia de las decisiones. Cabe anotar que, las funciones que cumple la proporcionalidad existen y son mucho más evidentes en el arbitraje

¹⁵⁹⁵ VADI, Valentina. "Critical Comparisons: The Role of Comparative Law in Investment Treaty Arbitration." *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 39, no. 1, 2010, pp. 67-100., p. 88. STONE SWEET Alec & GRISEL Florian, « Transnational investment arbitration : From Delegation to Constitutionalization ? », pp. 118-136, p. 130, in DUPUY Pierre-Marie, FRANCONI Francesco & PETERSMANN Ernst-Ulrich (éd.), *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009 648 p.

internacional Inversionista-Estado que en los informes del OSD de la OMC. Sin embargo, la doctrina rescata el uso de la proporcionalidad en el mejoramiento de la interpretación y coherencia de las decisiones, tanto en el sistema OMC como en el arbitraje de inversiones. Las funciones podrán desarrollarse e incluso consolidarse, siempre que los organismos jurisdiccionales escuchen a las partes en el procedimiento, cuando alegan la necesidad de estudiar la proporcionalidad, y asuman la responsabilidad estudiarla de forma clara, concreta y con la intensidad debida. A pesar de las lagunas y omisiones de los organismos jurisdiccionales, la proporcionalidad sigue siendo un argumento presentado tanto por los Estados como por los inversionistas. Esperamos que esto pueda hacer consolidar al estándar de proporcionalidad y, por tanto, las funciones que puede cumplir en el DIE.

Capítulo 8- Las funciones sistémicas en el derecho internacional económico

De acuerdo con lo visto en el capítulo anterior, la proporcionalidad cumple con unas funciones técnicas en el proceso interpretativo de las decisiones de la OMC y en el arbitraje de los Tribunales internacionales de inversiones. Hasta ahora no habíamos estudiado las funciones que la doctrina pretende encontrar en la proporcionalidad. Pues bien, la doctrina ha analizado las decisiones en las que se ha aplicado la proporcionalidad e incluso en las que no se ha aplicado de forma expresa, atribuyéndole una serie de funciones, en el contexto de las inversiones internacionales y en el derecho de la OMC. Es decir que, las funciones que la doctrina le ha otorgado a la proporcionalidad pueden entenderse como funciones ideológicas, puesto que responden a una visión de pensamiento específico.

El término ‘ideología’ ha sido objeto de múltiples definiciones y debates doctrinales que no harán parte de este estudio. Aunque no ahondaremos en el concepto de ideología, si es preciso presentar el lugar teórico desde el cual lo abordaremos. Entendemos por ideología, « *un système (possédant sa logique et sa rigueur propres) de représentations (images, mythes, idées ou concepts selon les cas) doué d’une existence et d’un rôle historique au sein d’une société donnée* »¹⁵⁹⁶. Es decir que no tendremos en cuenta la visión marxista peyorativa del término, que hace referencia a la deformación de la realidad, sino la noción neutra que se asimila a posturas de pensamiento o conjunto de ideas¹⁵⁹⁷.

Desde esa perspectiva, encontramos que circulan distintas ideas sobre las funciones que cumple la proporcionalidad, y en específico, el ‘*balancing*’ o ponderación en el derecho de la OMC y de las inversiones internacionales, las cuales, pueden agruparse en dos tipos de funciones sistémicas¹⁵⁹⁸. Por una parte, la doctrina considera que la proporcionalidad es un instrumento que contribuye a la interacción del derecho internacional económico con el derecho público, tanto interno como internacional (Sección 1).

¹⁵⁹⁶ ALTHUSSER Louis, Pour Marx, Collection : La Découverte Poche / Sciences humaines et sociales n°16, Paris, 2005, 294 p., p. 238.

¹⁵⁹⁷ Ver SOBEL, Richard. « Idéologie, sujet et subjectivité en théorie marxiste : Marx et Althusser », Revue de philosophie économique, vol. 14, no. 2, 2013, pp. 151-192, p. 153.

¹⁵⁹⁸ Esta división es meramente artificial, con el fin de presentar las ideas más importantes en relación con el rol que la proporcionalidad podría cumplir en el DIE.

Por otra parte, la proporcionalidad cumple con la función de control de la discrecionalidad de los Estados, en relación con el libre comercio e inversiones y protegiendo los objetivos públicos legítimos (Sección 2).

Sección 1- La función de interacción con el derecho público

Ante la multiplicidad de normas y organismos judiciales a nivel internacional, surge la necesidad de una cierta regulación u orden del derecho internacional¹⁵⁹⁹. La doctrina insiste en la necesidad de que los jueces, árbitros y órganos jurisdiccionales, a nivel internacional, armonicen la *lex generalis* con la *lex specialis*. De esta manera, el derecho internacional se desarrolla de forma más coordinada¹⁶⁰⁰. La tarea de interacción entre sistemas jurídicos distintos, implica transformar una serie de elementos dispares y heterogéneos en un conjunto coherente e inteligible¹⁶⁰¹. De manera que, la interacción podría aportar a una coordinación del derecho internacional económico con otros ámbitos jurídicos.

La proporcionalidad participa en la interacción entre el derecho público general y el derecho especial de las inversiones y el comercio internacional. Por una parte, la doctrina resalta su origen en el derecho público interno y su desarrollo en el derecho internacional público como parte de la migración de ideas derecho constitucional en el derecho de la OMC y de las inversiones internacionales con el Estado. (§ 1). Por otra parte, buena parte de la doctrina ha analizado el fenómeno de introducción de los derechos humanos, protegidos por el derecho internacional público, en el ámbito del comercio y las inversiones internacionales, atribuyendo a la proporcionalidad, en su forma de ‘*balancing*’ el importante rol de conciliación entre los intereses internacionales económicos con los intereses no económicos de los Estados (§ 2).

¹⁵⁹⁹ CLAEYS-BROUTIN Odile, “Le pluralisme juridique international : contribution des juges internationaux à la mise en cohérence du droit international”. Tesis doctoral dirigida por M. Jean Marc Thouvenin, sustentada el 7 de diciembre de 2011 en la Universidad Paris Ouest-Nanterre La Défense. 573 p., p. 261.

¹⁶⁰⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit*, Seuil, Paris, 2006, p. 476.

¹⁶⁰¹ CHEVALLIER, Jacques. « L'ordre juridique », in CURAPP, *Le droit en procès*, PUF, Paris, 1983, p.7.

§ 1- La migración de las ideas del derecho público

Es bien sabido que, el derecho internacional del comercio y las inversiones se rige por la *lex specialis*¹⁶⁰², sin embargo, en la clásica división: derecho público/derecho privado, el lugar del derecho de la OMC y de las inversiones internacionales, sigue siendo objeto de debates¹⁶⁰³. La doctrina se ha percatado que, con el paso de los años, algunos principios y técnicas jurídicas del derecho público, tanto interno como internacional, han sido incorporadas en algunas fuentes del derecho internacional económico, lo que aporta a una interacción, entre regímenes distintos, a partir de la visión publicista de estas áreas específicas.

Además, mas allá de una visión monista o dualista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, actualmente, la interacción con otros contextos es constante. *"The perspective of public international law to look at "domestic" and "international" proceedings is (with due respect) too narrow. The domestic level is much broader as it includes proceedings with the State party (civil and administrative), proceedings in third States (based on exceptions from State immunity) and arbitration proceedings. Of course, these alternative fora are not always available, but the "non-hierarchical context" of domestic and international courts has become a reality of modern dispute resolution"*¹⁶⁰⁴.

De hecho, en los conflictos internacionales en materia económica, están presentes los principios y estándares judiciales inspirados en el derecho público interno y en el derecho internacional, tales como, el principio de buena fé, el principio de imparcialidad e independencia, debido proceso, cosa juzgada, entre otros¹⁶⁰⁵.

La proporcionalidad participa de esta dinámica, pues al tratarse de un principio o estándar desarrollado por el derecho público general, hace parte de ese proceso de conexión de ideas que circulan en el derecho público, migrando al derecho internacional económico. Esa

¹⁶⁰² GOURGOURINIS, Anastasios. "Lex Specialis in WTO and Investment Protection Law." *German Yearbook of International Law*, 53, 2010, p. 579-622, p. 581.

¹⁶⁰³ CARREAU, Droit international économique., Paris, Dalloz ; 2013 ; 5e édition ; "Précis (Dalloz. En ligne)", p. 11.

¹⁶⁰⁴ HESS Burkhard, The Private-Public Law Divide in International Dispute Resolution. *The Pocket Books of The Hague Academy of International Law*. Vol. 33, 2019, Brill, Nijhoff, pp. 214-245, p. 244. Ver también DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias & PELLET Alain, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8ème édition, 2009, 1709 p., p. 1150.

¹⁶⁰⁵ CORREDOR HIGUERA, Jorge Armando. "Una aproximación a los principios procesales aplicables en los sistemas de solución de controversias del derecho internacional económico". *Revista Opinión Jurídica*. Vol. 14, N° 27, pp. 87-106, 2015, Medellín, Colombia, p. 95 a 96.

interacción la encontramos, tanto en el derecho de la OMC (A) como, en el derecho de las inversiones internacionales (B).

A. En el derecho de la OMC

Una visión publicista del derecho de la OMC, permite tener en cuenta las obligaciones no comerciales de los Estados, que afectan a su población, lo que aporta a su legitimidad. De hecho, la *“legitimacy of the multilateral trading order requires greater democratic contestability and a more inclusive view of those who are entitled to influence the shape of the system”*¹⁶⁰⁶.

Desde hace varios años, diversos académicos han expuesto la necesidad de confrontar los contenidos del derecho internacional económico con los valores de la justicia y equidad, bien desarrollados en el derecho constitucional de los Estados¹⁶⁰⁷. Para estos autores, el derecho debe ahora centrarse en la generación de un marco teórico a partir del cual el derecho internacional económico pueda evaluarse, teniendo como eje direccional valores y principios¹⁶⁰⁸, similares a los que rigen el derecho interno.

La doctrina reconoce que no es posible trasladar la normativa constitucional de los sistemas nacionales al sistema de las relaciones internacionales, en la medida en que no hay un soberano unificado a nivel internacional, tampoco una jerarquía de normas acordada que integre de manera segura los ordenamientos jurídicos internacionales y nacionales. En una frase, el sistema sigue siendo pluralista¹⁶⁰⁹. Sin embargo, las ideas del derecho constitucional han migrado hacia el derecho internacional, en tanto que referentes en la creación de las normas internacionales. *“At the regional and international levels, the migration of constitutional ideas*

¹⁶⁰⁶ HOWSE, Robert & NICOLAIDIS Kalypso. “Enhancing WTO Legitimacy: Constitutionalization or Global Subsidiarity?”, Vo. 16, No. 1, 2003, pp. 73-94, p. 74.

¹⁶⁰⁷ ENRÍQUEZ R., José David. “El derecho internacional económico bajo crítica”. *Vniversitas*, no. 110, pp. 286-324, p. 289.

¹⁶⁰⁸ V. en general, FRANCK, Thomas, “Law, Moral Philosophy, and Economics in Environmental Discourse”, pp. 351-379, in *Fairness in International Law and Institutions*, OUP, Oxford, Reino Unido, 1995, 500 p., p. 355; CRYER, Robert. “Franckian Fairness and International Economic Law”, pp. 211-253. in QURESHI, Asif H.(Ed). *Perspectives in International Economic Law*, London : Kluwer Law International, 2002, 352 p., p. 214; RAWLS, John, *A Theory of Justice*, OUP, Oxford, Reino Unido, 1999, 562 p., p. 401.

¹⁶⁰⁹ CORTES R., Francisco. « La justicia económica global en el sistema internacional de Estados ». *Estudios Filosóficos*. No. 39, 2009, pp. 215-241, p. 232.

plays a central role in treaty-making”¹⁶¹⁰. Así mismo, para algunos, es posible identificar elementos ‘constitucionales’ en el proceso judicial transnacional e internacional de forma generalizada¹⁶¹¹.

Ese proceso de ‘constitucionalización’ del derecho internacional, también ha influenciado las disputas económicas internacionales. “*The adjudication of regional and international economic disputes has become the last frontier of the migration of constitutional ideas. The migration of constitutional ideas across different branches of law has come to be a common practice, building bridges between different legal systems, furthering judicial dialogue and allowing judicial borrowing*”¹⁶¹². Los elementos más comúnmente invocados son las normas *de jus cogens*, los derechos humanos básicos y las garantías procesales asociadas con el debido proceso y el acceso a la justicia¹⁶¹³.

En el derecho de la OMC, esa ‘constitucionalización’ se ha desarrollado gracias a las decisiones del OSD, para resolver las disputas entre las competencias de los Estados y la liberalización del comercio internacional, “*it borrows constitutional doctrines and techniques, such as proportionality; in other cases, it has extended its scope into subject matters, such as health, once considered exclusively national constitutional matters. As a result, a hybrid form of law is emerging bearing sufficient resemblance to national and supranational constitutional law to refer to it by the descriptor ‘constitutionalization’*”¹⁶¹⁴.

Así las cosas, la proporcionalidad es considerada como parte del proceso de interacción entre el derecho internacional del comercio y el derecho constitucional interno, otorgando una visión publicista a esta área especial del derecho internacional y aportando a la interacción del derecho del comercio internacional con otros regímenes jurídicos. Si bien es cierto, la visión

¹⁶¹⁰ VADI, Valentina. "The Migration of Constitutional Ideas to Regional and International Economic Law: The Case of Proportionality." *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 35, no. 3, 2015, p. 557-590, p. 562. Ver también: BERMANN George A, "Comparative Law and International Organizations", pp. 241-254 in BUSSANI Mauro; MATTEI Ugo, (Éds.), *The Cambridge Companion to Comparative law*, Cambridge University Press, 2012, 424 p., p. 249.

¹⁶¹¹ DEWET Erika, *The International Constitutional Order*, International and Comparative law Quarterly, vol. 55, no. 1, 2006, pp. 51-76, p. 55.

¹⁶¹² VADI, Valentina, *loc.cit.* p. 558.

¹⁶¹³ PETERSMANN Ernst-Ulrich, "Multilevel Trade Governance Requires Multilevel Constitutionalism", in, JOERGES Christian, PETERSMANN Ernst-Ulrich, (Éds), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Hart Publishing, 2006, pp. 5-59, p. 5.

¹⁶¹⁴ CASS, Deborah Z. "The 'Constitutionalization' of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade", *EJIL*. Vol. 12 No. 1, 2001, pp. 39-75, p. 42.

constitucionalista del derecho del comercio internacional ha sido objeto de críticas¹⁶¹⁵, lo que está claro es que existe una interacción entre esas áreas del derecho internacional con el derecho constitucional, en el uso de principios o técnicas comunes, tales como la proporcionalidad.

Por otra parte, la doctrina resalta el uso de principios generales provenientes del derecho constitucional interno en la solución de conflictos en materia de comercio internacional, toda vez que aporta a la coherencia y uniformidad de las decisiones. De hecho, los principios generales del derecho, “*ensure a dynamic interpretation and application (...) in harmony with the evolution of law and society within national legal systems. Both ways are manifestations of the intense and continuous interaction between international law and national legal systems*”¹⁶¹⁶.

Ahora bien, el aporte de la proporcionalidad a la visión publicista del derecho de la OMC también se debe a su participación en el fenómeno de expansión de ciertos principios y normas de derecho público de forma generalizada, calificada por algunos como parte del derecho público global, un derecho constitucional global o incluso un derecho administrativo global. Estas teorías han sido bastante criticadas por los expertos en derecho internacional, para quienes el ingreso de principios y técnicas jurídicas propias del derecho público, responden a un diálogo judicial coordinado, al uso del derecho comparado o de las analogías en el derecho internacional con el fin de llenar los vacíos jurídicos que se presentan en la solución de conflictos internacionales. Sin embargo, para los que siguen esta línea, el derecho de la OMC tiene la responsabilidad de cumplir con las exigencias planteadas por el derecho administrativo global¹⁶¹⁷.

Tanto en una como en otra visión, la doctrina reconoce a la proporcionalidad como parte de ese proceso de interacción del derecho del comercio internacional con otras áreas del sistema jurídico internacional.

¹⁶¹⁵ FAKHRI, Michael. "Reconstruing WTO Legitimacy Debates." *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, vol. 2, no. 1, 2011, p. 64-100, p. 72 a 73.

¹⁶¹⁶ GAZZINI, Tarcisio. "General Principles of Law in the Field of Foreign Investment." *Journal of World Investment & Trade*, vol. 10, no. 1, 2009, p. 103-120, p. 119. Ver también HILF, Meinhard. « Power, Rules and Principles – Which orientation of WTO/GATT Law? », in *Journal of international economics law*, vol.4, n°1, 2001, pp. 111-130, p. 120.

¹⁶¹⁷ MARCEAU, Gabrielle, and OUSSENI Illy. "Global Administrative Law Perspective of the WTO Aid for Trade Initiative." *International Organizations Law Review*, vol. 6, no. 2, 2009, p. 479-498, p. 498.

B. En el derecho de las inversiones internacionales con el Estado

En efecto, la migración de las ideas del derecho público también aporta a la legitimidad de las decisiones de los árbitros internacionales. *“By allowing the mis-conceptualisation of investor-state arbitration as a form of private dispute resolution to continue, tribunals will not move quickly enough to promote the values of public law that are essential to ensuring that States and their citizens have confidence in an open, transparent and fair system of international investment protection”*¹⁶¹⁸.

En el arbitraje internacional de inversiones se identifican elementos propios del derecho constitucional, aplicados con el fin de reducir la fragmentación jurisdiccional¹⁶¹⁹. Según PETERSMANN:

*“judicial recourse to general principles of law, such as respect for human rights, limited delegation of powers, non-discrimination, and necessity and **proportionality** of government restrictions of individual rights, offers legal criteria for judicial balancing of public and private interests and for coordinating competing jurisdictions and judicial review standards in international investment disputes, thereby complementing judicial recourse to conflict of law and private law principles, such as judicial comity, res judicata, and litis pendens”*¹⁶²⁰. (negrillas propias).

En virtud de la expansión de principios y estándares comunes en ámbitos tradicionalmente considerados incompatibles, y con el ánimo regular, de forma coordinada, las complejas relaciones actuales en el plano internacional, algunos han considerado la existencia de un nuevo derecho global¹⁶²¹, o derecho mundial¹⁶²², o un derecho constitucional global. En este

¹⁶¹⁸ BARKER Paul, « Investor State Arbitration as International Public Law : Deference, Proportionality and the standard of Review », pp. 235-270 in LAIRD Ian, SABAHI Borzu, SOURGENS Frédéric & WEILER Tood, *Investment Treaty Arbitration and International Law, Volume 8*, Huntington, JurisNet, 2015, 416 p, p. 248.

¹⁶¹⁹ STONE SWEET, Alec. “Investor-State Arbitration: Proportionality’s New Frontier”, Op.cit. p. 59. Ver también: PETERSMANN, Ernst-Ulrich. “International Rule of Law and Constitutional Justice in International Investment Law and Arbitration.” *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, no. 2, 2009, p. 513-534, p. 530.; PETERSMANN, Ernst-Ulrich. “Human Rights, Constitutionalism and the World Trade Organization: Challenges for World Trade Organization Jurisprudence and Civil Society”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, 2006, pp. 633 a 667, p. 643.

¹⁶²⁰ PETERSMANN, Ernst-Ulrich. “International Rule of Law and Constitutional Justice in International Investment Law and Arbitration.”, op.cit. p. 530.

¹⁶²¹ DOMINGO Rafael, *The New Global Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, 212 p.

¹⁶²² Selon Harold BERMAN « world law is simply law that is the same throughout the world. Previously called *jus gentium*-the law of peoples, the law common to all nations, the law within nations as distinguished

último caso, el principio de proporcionalidad “se ha convertido en uno de los conceptos centrales del constitucionalismo global, en calidad de instrumento que favorece el diálogo entre los Tribunales a través de la circulación de modelos jurídicos y estándares de argumentación”¹⁶²³.

Otros más audaces han considerado la existencia de un derecho administrativo global, en adelante ¹⁶²⁴. Los artífices de esta visión, proponen un cuerpo normativo conformado por principios y obligaciones jurídicas, de carácter procedimental y substancial, con el fin de regular las relaciones en el espacio administrativo global. Entre los principios propuestos, encontramos la proporcionalidad, en estos términos: “*when individual rights are placed at the forefront, global administrative law might be expected to embody substantive standards for administrative action, like those applied in a domestic context such as proportionality, rational relation between means and ends, use of less restrictive means, or legitimate expectations*” ¹⁶²⁵. Para los que siguen esta línea, en relación con el derecho internacional de inversiones, “*the idea of investment arbitration as a species of public law or global administrative law has been around now for a few years. This case clearly tests that idea and hence merits close attention from the interested community*”¹⁶²⁶.

Sin embargo, la doctrina del derecho administrativo global ha sido objeto de críticas importantes sobre su existencia, su naturaleza, sus límites y sus relaciones con el derecho internacional¹⁶²⁷. Una de las críticas concierne la visión deformante que el derecho administrativo global dirige al derecho internacional ‘clásico’. De hecho, el derecho administrativo global, « *conduit à nier au « vieux » droit international toute capacité à encadrer les administrations internationales et à revendiquer le développement d’une nouvelle approche, « inter-publique », du droit international qui serait seule à même de fonder le développement de principes ou de normes « administratives » capables de limiter ou d’encadrer les pouvoirs*

from the law between nation-states-we now call it world law » p.1. BERMAN Harold « Introduction to the World Law Institute », *Emory International Law Review*, Vol. 22, No.1, 2008, pp. 1-6.

¹⁶²³ BINDI Elena, “Test de proporcionalidad en el «Age of Balancing»” *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 96, 2016, págs. 291-330, p. 322.

¹⁶²⁴ KINGSBURY B, KRISCH N & STEWART R, « The Emergence of Global Administrative Law » *Law and contemporary problems*, Duke University School of Law, Vol. 68, no 3/4, 2005, p. 15-61.

¹⁶²⁵ *Ibidem*, p. 40.

¹⁶²⁶ SABAHI Borzu & DUGGAL Kabir, « Occidental Petroleum v Ecuador (2012). Observations on proportionality, assessment of damages and contributory fault » *ICSID Review – FILJ*, vol. 28, n.º2, 2013, 279-290, p. 290.

¹⁶²⁷ BORIES Clémentine (dir), *Un droit administratif global? A Global Administrative Law*, actes du colloque organisé le 16 et 17 juin 2011 par le CEDIN et le CRDP à l’Université Paris Ouest, Nanterre la Défense, Pedone, 2012, 393 p.

administratifs internationaux ». Il faut « prendre garde à ne pas mélanger les registres d'analyse en substituant au droit tel qu'il est les interprétations théoriques qu'on s'efforce d'en donner »¹⁶²⁸.

Desde esta perspectiva, la interacción del derecho internacional en materia de inversiones puede darse a través de la interacción con las fuentes del derecho internacional clásico, sin pretender el establecimiento de nuevos paradigmas para ello. De hecho, la proporcionalidad, es uno de esos principios o estándares judiciales presentes en las distintas áreas del derecho internacional público¹⁶²⁹.

En materia de comercio e inversiones internacionales, los autores han identificado el ingreso de la proporcionalidad, a través del diálogo entre jueces, en este caso con organismos como el OSD de la OMC y los Tribunales de arbitraje en materia de inversiones internacionales. En efecto, el diálogo entre jueces hace referencia al hecho que los jueces se citen entre ellos en las decisiones¹⁶³⁰; puede desarrollarse entre dos o más jueces, siendo tri-vía, incluso *multidimensional*¹⁶³¹. Contrariamente a lo que se cree, el diálogo de jueces puede llevar tanto a la oposición, contradicción y discordia como al acuerdo y la concordia¹⁶³². En caso de ser un diálogo coherente, puede ser un instrumento adecuado para la interacción sistémica del derecho internacional, toda vez que implica “*le jeu d'influences croisées, par entrecroisements pourrait-on dire, pour marquer la réciprocité d'un ensemble à l'autre, d'une institution à l'autre, voire d'une cour suprême à l'autre*”¹⁶³³.

En efecto, los Tribunales y Cortes internacionales hacen uso del diálogo de jueces, en materia de inversiones internacionales *«It is well known that, just as the ICJ, ICSID tribunals are not bound by the rule of stare decisis. From a bird's eye view, ICSID tribunals use case*

¹⁶²⁸ FORTEAU Mathias, p. 178 et 183. « Le droit administratif global, signe d'une évolution des techniques du droit international ? » *ibidem*. pp. 169-183.

¹⁶²⁹ FRANCK, Thomas M. “Proportionality in International Law” *Law & Ethics of Human Rights*. Vol. 4, no. 2, 2010, pp. 229-242, p. 230.

¹⁶³⁰ ALLARD, J. “Le dialogue de juges dans la mondialisation” in *Le dialogue des juges. Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 77

¹⁶³¹ BURGORGUE-LARSEN Lauren, “De l'internationalisation du dialogue des juges” *Le dialogue des juges. Melanges à l'honneur du président Bruno Genevois*, edición Dalloz, 2009, p. 97.

¹⁶³² *Ibidem*.

¹⁶³³ DELMAS-MARTY, Mireille. « Les processus de mondialisation du droit », in MORAND Ch.A.; HELBING ULB; VERLAG, Liechtenhahn (dir). *Le droit saisi par la mondialisation*. Bruxelles-Genève, 2001, p.477. Ver también: SLAUGHTER, A.-M. *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, 2004. 368 p. DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel*, Le Seuil, Paris, 2004, p.414.

law, as does any other international court or tribunal »¹⁶³⁴. La proporcionalidad, hace uso de ese diálogo, “*in the global community of judges*”¹⁶³⁵.

Así mismo, la doctrina ha explorado el uso del derecho comparado y/o analogías jurídicas como una metodología de interacción entre el derecho internacional de las inversiones internacionales con el derecho internacional público. La proporcionalidad, en tanto que instrumento foráneo al derecho de las inversiones internacionales, hace parte de los instrumentos traídos al razonamiento de los órganos jurisdiccionales, a través del derecho comparado y/o las analogías jurídicas. La doctrina ha reconocido que, los conceptos de derecho publico tales como, la proporcionalidad, pueden ayudar a abordar las inquietudes que surgen con asuntos no relacionados con el derecho de las inversiones internacionales. “*While the conceptual approaches used by investment tribunals to deal with conflicts between investors rights and other public interests often appear insufficient, arbitral tribunals could draw on public law concepts used in various other international and national courts and tribunals, notably by having recourse to proportionality analysis*”¹⁶³⁶.

Los organismos jurisdiccionales, a nivel internacional, pueden usar analogías y préstamos judiciales, esto es parte del razonamiento legal y es legítimo hacerlo, a la luz de las reglas habituales de interpretación de los tratados. Además, los árbitros pueden detectar los principios jurídicos internacionales mediante el análisis de la jurisprudencia pertinente de otros Tribunales y Cortes, es decir que, en la medida en que ciertos principios legales se han convertido en normas de derecho consuetudinario pueden aplicarse a las disputas. Sin embargo, “*they need to pay attention to methodology issues. Judicial borrowing cannot be an uncritical exercise. As many comparative lawyers well know, legal norms express a certain political posi-*

¹⁶³⁴ PELLET, Alain. “The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration”. *ICSID Review*. Vol. 28, No. 2, 2013, pp. 223–240, p. 227.

¹⁶³⁵ VADI Valentina, « Proportionality, Reasonableness, and Standards of Review in Investment Treaty Arbitration », pp. 201-228 in BJORKLUND Andrea, *Yearbook on international investment law & policy, 2013-2014*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 655p, p. 204.

¹⁶³⁶ KINGSBURY Benedict & SCHILL Stephan « Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest - the Concept of Proportionality », in *International investment law and comparative public law*, 2010, pp. 75-104, p. 77. Para Stone Sweet, la proporcionalidad “offers to arbitrators the best available doctrinal framework with which to meet the present challenges to the BIT-ICSID system”. Ver STONE SWEET Alec, « Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier », in *Law and Ethics of Human Rights*, vol. 4, n°1, 2010, pp. 47-76, p. 76.

tion, being the outcome of certain historical evolution. The case selection and the selection of the tertium comparationis may affect the outcome of the case"¹⁶³⁷.

El uso de instrumentos jurídicos provenientes de las analogías o del derecho comparado, en el derecho de las inversiones internacionales aporta a la coherencia, completitud, con lo cual, a la legitimidad de las decisiones jurisdiccionales a nivel internacional. De hecho, "*public international law has clearly made an important contribution to WTO law. It is not yet clear that the reverse will be true, that other international tribunals will begin to see the WTO, as reflected in its adopted reports, as a source of law*"¹⁶³⁸.

Igualmente, en el derecho de las inversiones internacionales, "*the function of the principle of proportionality in this context is best regarded as inducing legitimacy upon the political power and the decisions of institutions with little or no democratic legitimacy. This function can be explained by the fact that courts are limited by law and permissible legal reasoning*."¹⁶³⁹.

Además de lo antes visto, el derecho internacional del comercio e inversiones también debe interactuar con obligaciones no económicas de los Estados, tales como, la protección de los derechos humanos, obligación tanto nacional como internacional. La proporcionalidad, a través del '*balancing*' o ponderación ha permitido la interacción entre estas dos áreas disímiles del derecho internacional económico.

§ 2- La conciliación con los derechos humanos

La función de interacción que cumple la proporcionalidad, en el derecho del comercio y de las inversiones internacionales, pone de presente la conjunción entre disciplinas del derecho internacional económico tan específicas y las obligaciones de los Estados en materia de protección de derechos humanos.

¹⁶³⁷ VADI, Valentina. "Critical Comparisons: The Role of Comparative Law in Investment Treaty Arbitration." *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 39, no. 1, 2010, pp. 67-100., p. 99.

¹⁶³⁸ PALMETER David; Mavroidis Petros, "WTO Legal System: Sources of Law", *American Journal of International Law*, vol. 92, 1998, pp. 398-413, p. 413. Ver también: BLAZQUEZ, *op.cit.*, p. 181

¹⁶³⁹ LEONHARDSEN, Erlend M., "Looking for Legitimacy: Exploring Proportionality Analysis in Investment Treaty Arbitration", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3, No. 1, 2012, pp. 95-136 p. 118.

En efecto, en el derecho público general, la proporcionalidad “cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales”¹⁶⁴⁰. Sin embargo, este rol no le ha sido aún asignado al derecho de la OMC ni al derecho de las inversiones internacionales.

En efecto, los derechos humanos, tal como los conocemos en el derecho público internacional, no hacen parte de su discurso doctrinal en materia de comercio e inversiones internacionales « Lo que parece ser un éxito de los principios de libre empresa sobre otras formas de ideología económica, ha supuesto una clara reticencia de los economistas a cualquier tipo de orientación social del mercado, lo cual ha trascendido al ámbito normativo internacional a través del Derecho internacional económico (sic). Así pues, en el contexto global, si bien podemos encontrar una cierta regulación al comercio, las inversiones o el flujo de capitales, lo cierto es que en términos generales estamos ante un fenómeno de autorregulación a través de figuras contractuales de índole comercial, en donde pareciera no haber espacio para contenidos propios de derechos humanos»¹⁶⁴¹.

Conjugar un sub-sistema como el régimen internacional de las inversiones y del comercio internacional con obligaciones *erga omnes* como los derechos humanos, resulta un desafío importante por la contradicción de obligaciones que generan para los Estados. El OSD de la OMC y los Tribunales de arbitraje internacional no son Cortes jurisdiccionales generales, encargadas de conciliar las obligaciones suscritas por los Estados, sino que, por el contrario, son organismos jurisdiccionales especialmente creados resolver las diferencias relacionadas con el cumplimiento de los Acuerdos y Tratados internacionales en materia económica¹⁶⁴². Sin embargo, con la fragmentación del derecho internacional, la multiplicación de normas y la asimetría jurídica entre ciertas normas que se aplican más vigorosamente que otras, se ha producido un debilitamiento de la *rule of law* a nivel internacional. Entonces, se hace necesario que estos órganos jurisdiccionales implementen mecanismos jurídicos que aporten a la interacción del derecho internacional, sin perder de vista sus objetivos específicos, esto es, proteger la liberalización de los mercados e incentivar las inversiones internacionales.

¹⁶⁴⁰ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2007, p. 81.

¹⁶⁴¹ ENRIQUEZ, *Op.cit.*, p. 296.

¹⁶⁴² MARCEAU, Gabrielle. “Le règlement des différends à l’OMC et les droits de l’homme”, *EJIL*, Vol. 13. N° 4, 2002, pp. 1-65, p. 43.

La doctrina ha comenzado importantes discusiones sobre el lugar de los derechos humanos en estas áreas tan específicas. Las nociones de libertad, justicia, rectitud, Estado de derecho, dignidad, equidad y solidaridad deberían ser tenidas en cuenta en toda disciplina jurídica. Los valores propios de los derechos humanos, especialmente la justicia y equidad pueden contar con un rol importante para regular el complicado escenario de las relaciones internacionales económicas¹⁶⁴³.

Desde esta perspectiva, parte de la doctrina, reconoce en la proporcionalidad, '*stricto sensu*' o '*balancing*', la función de conciliar, armonizar o encontrar un justo equilibrio entre derechos e intereses tan distintos. "*A number of international public law tribunals have employed the principle of proportionality to balance the otherwise irreconcilable rights of the parties (...). The application of proportionality as a balancing test 'helps to define and to balance the public, represented by the interference and its underlying interest of the State or the community concerned, and the private, represented by the interests of the individuals affected'*"¹⁶⁴⁴. De esta manera, se toman decisiones mas coherentes, completas, justificadas y por tanto más legítimas.

La doctrina advierte que, con el análisis de proporcionalidad, los organismos jurisdiccionales buscan encontrar un equilibrio en el contraste entre dos derechos válidos y existentes¹⁶⁴⁵. "*Le principe de proportionnalité cherche à engendrer de l'harmonie (...), la mise à égalité des intérêts, leur mise en balance, leur concordance, autrement dit: l'accord oportun, celui qui ménage au maximum tous les intérêts en jeu*"¹⁶⁴⁶. La doctrina apoya la función de interacción que cumple la proporcionalidad cuando se aplica por parte de los organismos jurisdiccionales en materia de disputas económicas. De hecho, "*trade values and investor rights, respectively, need to be balanced against non-economic policy considerations. Here, proportionality analysis may provide a doctrinal structure for an integrative handling of regime interfaces*"¹⁶⁴⁷.

¹⁶⁴³ Ver: ADDO, Michael. "Human rights perspectives of International Economic Law", en *Perspectives on international economic law*, op. cit., p. 135.

¹⁶⁴⁴ BARKER, « Investor State Arbitration as International Public Law : Deference, Proportionality and the standard of Review », op.cit. p. 256.

¹⁶⁴⁵ PINO, Giorgio. "Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali: Una mappa dei problemi". *Etica e politica*, vol. 8, no. 1, 2006, pp. 1-57, p. 1.

¹⁶⁴⁶ MÜLLER, Markus. *La proportionnalité, le Rubik's Cube du droit*. Stämpfli Editions, Berne, Suisse, 2016, 125 p., p. 17 a 18.

¹⁶⁴⁷ KLEINLEIN, Thomas. "Judicial Lawmaking by Judicial Restraint - The Potential of Balancing in International Economic Law." *German Law Journal*, vol. 12, no. 5, 2011, p. 1141-1174, p. 1150.

Para algunos, el OSD de la OMC y los Tribunales de arbitraje en inversiones internacionales no cuentan con la competencia necesaria para llevar a cabo un juicio de ponderación o ‘*balancing*’¹⁶⁴⁸. Sin embargo, otra buena parte de la doctrina advierte que, sin importar de si se trata de una proporcionalidad explícita o implícita, en la solución de conflictos de la OMC y del arbitraje internacional de inversiones, la proporcionalidad es una estructura lógica y racional, con la que se puede llegar a coordinar intereses en conflicto, a través de la búsqueda de un justo equilibrio. La “*proportionality is aimed at a constant review of the existence of a rational justification for the limitation imposed on the right, while taking into consideration each case’s circumstances*”¹⁶⁴⁹.

La articulación con los derechos humanos, varía según si se trata del derecho de las inversiones internacionales o del derecho de la OMC. En el primer caso, la proporcionalidad aporta a un justo equilibrio entre los derechos en la persona del inversionista, o en su propiedad privada, de cara a los objetivos legítimos de los Estados (A). En el segundo caso, la proporcionalidad permite equilibrar los derechos humanos protegidos por el Estado y el derecho internacional, es decir, parte de sus objetivos públicos legítimos frente a las obligaciones internacionales de liberalización del comercio (B).

A. El ‘*balancing*’ entre los derechos de los inversionistas y los derechos humanos

Los derechos reconocidos para el inversionista internacional no son similares a los derechos humanos, tradicionalmente reconocidos en el orden internacional, la aspiración económica del derecho internacional de inversiones deja su huella¹⁶⁵⁰. Ante la preocupación sobre el reconocimiento de los derechos del inversionista internacional, los Tratados bilaterales han establecido como objeto principal, la defensa de la propiedad y la protección del inversor, lo

¹⁶⁴⁸ MARCEAU, Gabrielle. “Le règlement des différends à l’OMC et les droits de l’homme”, *op.cit.* p. 18. Ver también: RANJAN, Prabhash. “Using the Public Law Concept of Proportionality to Balance Investment Protection with Regulation in International Investment Law: a Critical Appraisal”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 3, no. 3, 2014, pp. 853-883, p. 855.

¹⁶⁴⁹ HENCKELS Caroline, “Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 4, No. 1, 2013, pp. 197-215, p. 199.

¹⁶⁵⁰ CAZALA, Julien. “Protection des droits de l’homme et contentieux international de l’investissement”, *Cahiers de l’arbitrage - Paris Journal of International Arbitration*, 2012, n° 4, pp. 899-906, p. 893 y ss.

que ha dado lugar a que los derechos humanos de los inversionistas tengan reconocimiento en el derecho internacional público¹⁶⁵¹.

El derecho de propiedad es el más reconocido en la ley de inversiones. El estándar de trato justo y equitativo da cuenta de la protección de los derechos de los inversores extranjeros. Es un derecho muy asertivo contra el interés público de los Estados, en relación con la expropiación. En virtud de que las expropiaciones directas e indirectas están sujetas a varias condiciones en los TBI, los árbitros deben resolver el conflicto suscitado por la vulneración del derecho a la propiedad del inversionista. *“This means that, on the (...) assumption that States supposedly operate with the sole goal of safeguarding public interest, tribunals should be able to evaluate whether an investor suffered a too onerous prejudice with respect to the host State's goals. If investors have suffered an unproportionate damage, the regulatory measures shall be classified as expropriatory (and vice-versa)”*¹⁶⁵².

Varios eventos escandalosos sobre la implicación de empresas inversionistas internacionales en la vulneración de derechos humanos, ha llamado el interés de la opinión pública sobre la necesidad de regular la actividad de los inversores en relación con la protección de derechos humanos y el derecho ambiental, por ejemplo, en el caso *Schell*, se logró demostrar que el inversionista internacional había participado en crímenes contra la humanidad y torturas de la población “Ogoni” en Nigeria¹⁶⁵³. Así mismo, se han reconocido otros derechos, protegidos por el derecho internacional, que pueden ser tenidos en cuenta por los Tribunales de Arbitraje en su análisis interpretativo.

Según la doctrina, el arbitraje internacional de inversiones reconoce *“the search for a balance between the State's interests protected through a governmental action and the degree of damage to investors' rights which are going to be affected by such a measure”*¹⁶⁵⁴.

¹⁶⁵¹ DANIC Olivia, « Droit international des investissements, droit de l'homme, droit de l'environnement », pp. 531-579, in LEBEN Charles, Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Paris, Pedone, 2015, 1141 p, p. 535.

¹⁶⁵² ZARRA, Giovanni. "Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay." Brazilian Journal of International Law, vol. 14, no. 2, 2017, p. 95-121., p. 107.

¹⁶⁵³ BAEZ, C.; DEARING, M.; DIXON, C. “Multinational Enterprises and Human Rights”, *University of Miami International & Comparative Law Review*, 1999, vol. 8, pp. 183 y ss.

¹⁶⁵⁴ PALOMBINO Fulvio Maria. Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles. Asser Press, 2018, 180 p., p. 138 a 139.

Entonces, la proporcionalidad, a través de su forma ‘balancing’ aporta a la interacción entre los derechos de los inversionistas y los derechos humanos no relacionados con los inversionistas. « *Using non-investment law obligations, such as human rights, as a source to interpret investment law can be instrumental (...) because most investment agreements contain behavioural obligations in general terms, tribunals are required to balance various elements and interests on a case by case basis* »¹⁶⁵⁵.

En efecto, el uso del ‘balancing’ aporta a tener en cuenta la protección de los derechos humanos, en tanto que parte de los objetivos públicos legítimos regulados por los Estados. “*In the context of international investment law, proportionality imposes a balancing of interests aimed at understanding whether the sacrifice requested to investors is commensurate with the relevance of the objectives of the host State*”¹⁶⁵⁶. El árbitro que haga uso de la proporcionalidad, “*will deploy means-ends testing to evaluate the impact of the State’s measures on the investment; they will weigh the investor’s rights against the public interest being pleaded; and their conclusions will bear upon their dispositive ruling and remedies*”¹⁶⁵⁷.

Sin embargo, la interacción entre los derechos humanos y los derechos de los inversionistas dependerá del alcance que le den los Tribunales de arbitraje en sus decisiones. De hecho, “*proportionality analysis balances the investor’s interests with competing public interests, the Tribunal should interpret the proportionality principle in the future to provide greater protection to host countries as well, which will result in a more level playing field*”¹⁶⁵⁸.

Es importante que, con el uso de la proporcionalidad, los Tribunales de arbitraje sean prudentes. “*Investment tribunals should apply a standard of review in proportionality analysis that reflects their role as international adjudicators of disputes engaging matters of public law and should, cognizant of rationales for deference at varying stages of proportionality*

¹⁶⁵⁵ KROMMENDIJK Jasper & MORIJN John, « "Proportional" by what Measure(s)? : Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor-state Arbitration » pp. 422-451, en DUPUY Pierre-Marie, FRANCIONI Francesco & PETERSMANN Ernst-Ulrich (éd.), *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009 648 p., p. 426.

¹⁶⁵⁶ ZARRA, Giovanni, *op.cit.*, p. 105 a 106.

¹⁶⁵⁷ STONE SWEET Alec, « Investor-State Arbitration: Proportionality’s New Frontier », *Law and Ethics of Human Rights*, vol. 4, n°1, 2010, pp. 47-76, p. 63.

¹⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 69

*analysis, be deferential in their assessment of matters that are more appropriately the province of national decision-makers”*¹⁶⁵⁹.

El análisis de proporcionalidad, ha sido objeto de críticas puesto que, al hacer uso de la ponderación o ‘*balancing*’ el juez, árbitro u órgano jurisdiccional, se confiere a sí mismo, el poder de valorar los derechos e intereses en conflicto, así como determinar la restricción que tendrá un derecho sobre, en razón del equilibrio adecuado, lo que no es propio de un razonamiento decisonal basado en reglas. Esta crítica puede ser menos problemática en el contexto interno, excepto por la jurisprudencia constitucional, en algunos países, ya que la legislatura allí tiene el poder de revertir las decisiones judiciales sobre normas administrativas y legislativas, al menos con respecto a casos futuros.

Sin embargo, en el contexto del comercio e inversiones internacionales, el ‘*balancing*’ no ha tenido un rol preponderante, sino más bien limitado a eventos en los que los órganos jurisdiccionales, bien sea de forma expresa o explícita han intentado integrar los derechos humanos al análisis de las disposiciones de los Acuerdos de la OMC o los Tratados bilaterales de inversiones. En este último caso, “*the revision of BITs is a slow process requiring the consent of both contracting state parts. Furthermore, most investment treaties do not provide for an institutional procedure that can be triggered in order to adapt the interpretation of investment treaties in response to interpretations by investment tribunals, for example along the lines of the NAFTA Free Trade Commission, an organ through which the NAFTA parties can jointly issue authoritative interpretations of the rules and standards applicable to investor state disputes*”¹⁶⁶⁰.

Otra de las formas en que la proporcionalidad aporta a la búsqueda de un justo equilibrio en relación con los derechos del inversionista, concierne la aplicación de las doctrinas con base en las cuales se han compensado, por vía de arbitraje internacional, los derechos de los inversionistas. Por una parte, la ‘*sole effect doctrine*’ y por otra parte, la ‘*police power doctrine*’. Según la primera doctrina, el mero hecho de presentarse una privación de la propiedad (ya sea directa o indirecta) del inversionista da lugar a una indemnización, indepen-

¹⁶⁵⁹ HENCKELS Caroline, « Indirect Expropriation and the Right to Regulate : Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration », *Journal of International Economic Law*, 2012, vol. 15, n°1, pp. 223-255, p. 255.

¹⁶⁶⁰ KINGSBURY Benedict & SCHILL Stephan « Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest - the Concept of Proportionality », *op.cit.*, p. 102

dientemente de las razones estatales detrás de las medidas restrictivas a la propiedad¹⁶⁶¹. De acuerdo con la segunda doctrina, las decisiones del poder regulador del Estado con las que se limita la propiedad privada del inversionista, tomadas con el fin de proteger un fin público, siempre que no sean discriminatorias y tomadas con buena fe, no pueden calificarse de medidas de "expropiación" adecuada y, por lo tanto, no están sujetas a compensación para el inversionista¹⁶⁶².

El uso de una única doctrina, de forma absoluta, resulta un sacrificio excesivo. Es por ello que, para evitar estos inconvenientes, la proporcionalidad "*allows a distinction between deprivations of property which are compensable (those which amount to a disproportionate deprivation of property) and those which are not (since they are proportional to the aim of general interest pursued)*"¹⁶⁶³. Esto significa que permite equilibrar la forma en que se van a compensar los derechos del inversionista, vulnerados con una medida estatal, estableciendo una lógica razonable para la evaluación de la compensación debida.

El 'balancing' también hace posible incorporar asuntos relacionados con los derechos de quienes resultan ser terceros en el procedimiento arbitral, lo que le daría mayor legitimidad a la decisión arbitral. « *Arbitrators who take this approach end up balancing the 'interest of the investor and the interest of individuals and social groups who seek judicial protection against possible adverse impacts of the investment on their life or their environment or human rights* »¹⁶⁶⁴.

Así las cosas, el 'balancing' es una de las formas en que la proporcionalidad cumple con la función de interacción del derecho internacional de inversiones, a través del reconocimiento e implementación de los derechos humanos en el razonamiento jurídico de los órganos jurisdiccionales. El mismo rol tiene la proporcionalidad en la interacción entre los derechos humanos y el derecho de la OMC.

¹⁶⁶¹ MOSTAFA, Bem. "The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law". Australian International Law Journal, vol.15, 2008, p. 279.

¹⁶⁶² MISHRA, Utkarsh. "State's Power to Regulate: The use of Police Power Doctrine as a Reason for Non-Payment of Compensation in Cases of Expropriation". Nuals Law Journal, vol. 8, 2014, pp. 15-27, p. 22.

¹⁶⁶³ PELLET, Alain. "Police Powers or the State's Right to Regulate". In: KINNEAR, Meg et al. (Ed.). Building International Investment Law, The First 50 Years of ICSID, Kluwer Law International, 2015, p. 458.

¹⁶⁶⁴ STONE SWEET Alec & GRISEL Florian, « Transnational investment arbitration : From Delegation to Constitutionalization ? », pp. 118-136, in DUPUY Pierre-Marie, FRANCIONI Francesco & PETERSMANN Ernst-Ulrich (éd.), *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009 648 p. , p. 131.

B. El ‘*balancing*’ entre los derechos humanos y el derecho de la OMC

El estudio de la relación entre la OMC y los derechos humanos se ha visualizado desde dos puntos de vista. El primero, corresponde a la eventual responsabilidad internacional de las Organizaciones Internacionales, tales como la OMC, en la no implementación de los derechos humanos. Algunos autores han venido sosteniendo que, en general, este tipo de organismos tienen obligaciones en materia de derechos humanos, dado el carácter de costumbre internacional obligatoria que tienen ciertos de estos últimos. Por el contrario, otras posiciones sostienen que en general las OI, tales como la OMC, están sujetas ante todo a su normativa especial y entonces, no pueden entenderse como organizaciones directamente vinculadas con una agenda de derechos humanos.¹⁶⁶⁵

La segunda aproximación al tema, se ha hecho a partir de la fragmentación del derecho internacional público. Con base en ella, se ha constatado un crecimiento importante de normas, decisiones arbitrales y principios, que pueden ser en determinados casos contradictorias o complementarias. Bajo este enfoque, por ejemplo, el derecho internacional del comercio convive fragmentariamente con el derecho internacional de los derechos humanos, dado que cada uno de ellos está, en líneas generales, bajo el mismo nivel de jerarquía, pudiendo ocurrir el surgimiento de conflictos a la hora de regular temas que pueden ser adyacentes¹⁶⁶⁶. Es allí donde la proporcionalidad, a través del ‘*balancing*’ cumple con una función de interacción en el derecho internacional público.

Existe una importante discusión doctrinal sobre la relación del derecho de la OMC con los derechos humanos. Para algunos autores, esa relación es tensa, compleja y difícil de articular. Para otros, por el contrario, esos dos extremos pueden llegar a complementarse, a través de puntos de concertación, dentro de los que encontramos a la proporcionalidad, implícita.

Desde la perspectiva de una relación conflictiva entre derechos humanos y derecho de la OMC, los autores observan diferencias importantes entre ambos regímenes. Primero, las normas y principios, relacionados con los derechos humanos, protegen los derechos

¹⁶⁶⁵ BEULAY, Marjorie. L’applicabilité des droits de l’homme aux organisations internationales. Tesis en derecho público, sustentada el 9 de diciembre de 2015, en la Universidad Paris Nanterre, bajo la dirección del M. Jean-Marc Thouvenin, 714 p., p. 255.

¹⁶⁶⁶ BURGOS, Germán. “La OMC y los derechos humanos: ¿alguna relación?” Revista COLINT, Universidad Nacional de Colombia, vol. 76, 2012, pp. 327-359, p. 330.

individuales e inherentes a la persona, en cambio, el derecho de la OMC protege libertades e intereses económicos para los Estados y, en últimas, para las empresas. Segundo, mientras que los derechos humanos tienen como objetivo limitar el poder estatal en favor de los ciudadanos, el derecho de la OMC pretende extender la liberalización de los mercados a todos los ámbitos de la sociedad¹⁶⁶⁷. En tercer lugar, los derechos humanos se han concebido para equilibrar las relaciones de poder en favor de los más ciudadanos más vulnerables, mientras que, el libre comercio tiende a beneficiar los intereses económicos a nivel transnacional¹⁶⁶⁸.

Además, las tensiones entre libre comercio internacional y derechos humanos se han planteado respecto de las políticas estatales concertadas en la OMC. Para algunos, las previsiones contenidas en los Acuerdos multilaterales, así como, en las recomendaciones y observaciones de los comités de la OMC, dificultan la garantía de los derechos humanos a nivel nacional. Por ejemplo, para algunos el OSD castiga aquellas políticas de subsidios o subvenciones a favor de los derechos humanos de los ciudadanos de un Estado específico, puesto que impiden la liberalización del mercado internacional¹⁶⁶⁹.

Así mismo, pueden presentarse antinomias importantes, es decir contradicción entre las normas relacionadas con la protección de derechos humanos y los Acuerdos en materia de libre comercio internacional. Es decir, que unos supuestos de hecho específicos resulten violatorios de las normas sobre derechos humanos pero no contrarios al derecho de la OMC, o viceversa, a modo de ejemplo, encontramos la contradicción que parece existir en lo previsto en el pacto de derechos sociales, económicos y culturales, en materia de salud, y lo previsto en el ADPIC (Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio) de la OMC¹⁶⁷⁰.

La fragmentación entre el derecho de la OMC y los derechos humanos, es una discusión que sigue siendo abstracta. Si bien es cierto, las políticas y acuerdos comerciales pueden

¹⁶⁶⁷ PIPAN, Anita. Los derechos humanos en la OMC. Series Cuadernos de Época. Serie Integración económica. 2006. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 177 p., p. 25 a 28.

¹⁶⁶⁸ LUMINA, Cephas. “Free trade or just trade? The World Trade Organization, human rights and development”. Law, Democracy and Development. Vol. 14, 2010, pp. 175-195, p. 180.

¹⁶⁶⁹ AARONSON, Susan. “Seeping in slowly: how human rights concerns are penetrating the WTO”. *World Trade Review*. Vol. 6. No. 3, 2007, pp. 413-449, p. 430.

¹⁶⁷⁰ RANJAN, Prabash. “International trade and human rights: Conflicting obligations”, pp. 311-322, in COTTIER, Thomas; PAUWELYN, Joost; BURGI Elizabeth (Éds.). *Human rights and international trade*. Londres, Oxford University Press, 2005, 540 p., p. 318.

limitar algunos derechos y ampliar otros, cada Estado es distinto, (cuenta con circunstancias demográficas, culturales, políticas y sociales propias) y los objetivos públicos planteados por cada Estado pueden variar a lo largo del tiempo, así que no es posible determinar de antemano el nivel de afectación que una medida de liberalización del comercio internacional tendrá sobre la protección de los derechos humanos. Las relaciones entre estos dos temas dependen tanto del contexto específico en cuestión, como de los derechos en juego ¹⁶⁷¹.

Ahora bien, desde la perspectiva de una posible coordinación e interacción entre los diversos las obligaciones en materia de derechos humanos y las obligaciones con la OMC, la interacción cuenta con medios para la articulación de sus disposiciones con los derechos humanos. En primer lugar, existe un acuerdo doctrinal sobre los compromisos implícitos de la OMC en materia de derechos humanos. Según esta visión, el preámbulo del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, deja claro que las relaciones comerciales internacionales: “deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva (...), de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico”¹⁶⁷².

La OMC ha buscado incorporar los derechos humanos, a través del Comité de Comercio y Medio Ambiente, el cual busca “identificar y comprender la relación existente entre comercio y medio ambiente con el fin de promover el desarrollo sostenible”¹⁶⁷³. Este comité ha publicado una serie de informes sobre el impacto del libre comercio a los derechos humanos¹⁶⁷⁴.

A pesar de que la OMC no se ve a sí misma como una organización encargada de la protección de los derechos humanos, y que los Acuerdos de la OMC no hacen mención

¹⁶⁷¹ AARONSON, Susan, *loc.cit.*, p. 415.

¹⁶⁷² Acuerdo por el que se establece la organización mundial del comercio, página 11, directamente extraído de la página: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/04-wto.pdf.

¹⁶⁷³ Sus funciones están disponibles en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/wrk_committee_s.htm

¹⁶⁷⁴ Entre otros ver: el Programa DOHA, específicamente la Declaración Ministerial de la OMC, DOHA, WT/MIN(01)/DEC/1 del 20 de noviembre de 2001, disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_s.htm#tradeenvironment. Así mismo, la Declaración Ministerial sobre el programa de Trabajo DOHA, WT/MIN(05)/DEC, del 18 de diciembre de 2005, disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min05_s/final_text_s.htm#environment.

explícita a la obligación de su respeto y protección, existen disposiciones con base en las cuales, el OSD de la OMC puede verificar si el incumplimiento de los Acuerdos se justifica en el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos¹⁶⁷⁵. Es allí donde la proporcionalidad, o ‘balancing’ puede jugar un rol importante, así sea de forma implícita, aportando a la coordinación entre estos regímenes tan distintos. De hecho, el OSD de la OMC, deberá en cada caso verificar si las medidas que están limitando el libre comercio internacional persiguen un objetivo público legítimo, son necesarias, adecuadas y razonadas, en relación con el fin que pretenden alcanzar. O si por el contrario, vulneran los Acuerdos multilaterales a los que están obligados.

En primer lugar, el Acuerdo en materia de propiedad intelectual relacionada con el comercio (ADPIC), en su artículo 27.2, excluye la patentabilidad de una invención, con el fin de proteger la vida o la salud de las personas, animales y vegetales¹⁶⁷⁶. En segundo lugar, el preámbulo del Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio (OTC) permite la reglamentación del acceso de determinados bienes, con el fin de proteger el medio ambiente, la salud y seguridad de las personas¹⁶⁷⁷.

Finalmente, pero no menos importante, el régimen de excepciones a la aplicación de los Acuerdos de la OMC. Este es el espacio propicio para que las disposiciones sobre liberalización del comercio internacional cedan ante la justificación de protección de los derechos humanos. Por ejemplo, las excepciones previstas en los artículos XX del GATT y XIV del GATS, así como el artículo XXI del AGCS, los cuales constituyen normas mas que reglas específicas. Esas disposiciones han sido redactadas en terminos generales con el fin de permitir la flexibilidad necesaria para que una norma unica pueda ser utilizada, de acuerdo con diferentes circunstancias facticas y jurídicas. *“L’article XX fait référence à des considérations de politique générale et impose des obligations de comportement, qui ne peuvent*

¹⁶⁷⁵ MOON, Gillian. "The WTO-Minus Strategy: Development and Human Rights under WTO Law." *Human Rights & International Legal Discourse*, vol. 2, no. 1, 2008, p. 37-78, p. 58.

¹⁶⁷⁶ Según el numeral 2, del artículo 27 del Acuerdo en materia de propiedad intelectual relacionada con el comercio: “Los Miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación”, p. 354, Anexo 1C, disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf.

¹⁶⁷⁷ Según el preámbulo del Acuerdo sobre Obstáculos técnicos al comercio: los Estados Miembros reconocen que “no debe impedirse a ningún país que adopte las medidas necesarias para asegurar la calidad de sus exportaciones, o para la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, para la protección del medio ambiente, o para la prevención de prácticas que puedan inducir a error, a los niveles que considere apropiados (...)”, página 131, disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/17-tbt.pdf

être bien esquissées qu'en termes généraux, ce qui implique pour les groupes spéciaux qu'ils « pèsent » au cas par cas divers éléments factuels et juridiques”¹⁶⁷⁸.

Resulta legítimo que, con el fin de determinar si una medida es necesaria, a la luz de las excepciones, un grupo especial u órgano de apelación examine la participación del Estado Miembro en los tratados de derechos humanos, siempre que resulte pertinente para tomar una decisión de fondo¹⁶⁷⁹.

La solución de conflictos de la OMC puede verse como la búsqueda, “*chaque fois le meilleur équilibre possible entre d'une part, les obligations assumées par les Membres relatives à l'accès aux marchés, et d'autre part, leurs objectifs de politique publique*”¹⁶⁸⁰. En su forma explícita e implícita, la proporcionalidad, participa del análisis de disposiciones en las que se coordinan las obligaciones de la OMC con las obligaciones en materia de derechos humanos. De hecho, “*the first, more general, form of the proportionality principle provides a guide to balancing competing rights, values or other objectives. (...)*”¹⁶⁸¹. Así mismo, “*it is a key tool for the judiciary to give substance to relatively open-ended norms by connecting them to their objectives*”¹⁶⁸². La proporcionalidad “*imposes an obligation on Members to justify their measures according to a relatively structured legal criterion*”¹⁶⁸³.

Es considerado como una guía de reflexión a disposición de quien toma la decisión para establecer un equilibrio entre los intereses opuestos que tienen el mismo valor o incluso valores distintos: “*Le mérite du principe de proportionnalité est surtout de constituer un cadre logique permettant de peser tous les arguments pertinents. Leur poids varie en fonction des droits (exception classique ou droit de valeur égale) en cause, mais aussi selon les faits qui se rattachent aux droits.(...) C'est un principe souple, rappelant à l'utilisateur le genre d'argu-*

¹⁶⁷⁸ MARCEAU, “Le règlement des différends à l’OMC et les droits de l’homme”, *op.cit.* p. 28.

¹⁶⁷⁹ *Ibidem*, p. 29.

¹⁶⁸⁰ MARCEAU Gabrielle; MARQUET Clement, “La Jurisprudence de L'Omc et La recherche d'un Equilibre entre développement économique et considérations Non-Commerciales: Le Cas de L'Environnement”, vol. 30, no. 2. *Révue Québécoise de Droit International*, 2017, pp. 119-149, p. 122.

¹⁶⁸¹ MITCHELL Andrew, “Proportionality and Remedies in WTO Disputes », in *European journal of International law*”, *Journal européen de droit international*, vol. 17, n°5, 2007, pp. 985-1008, p. 1008.

¹⁶⁸² ANDENAS Mad & ZLEPTNIG Stefan, *op.cit.*, p. 385.

¹⁶⁸³ ANDENAS & ZLEPTING, *op.cit.*, p. 422.

ments à mettre dans la balance, mais lui laissant le choix lorsqu'il s'agit de peser ceux-ci. Ce n'est à vrai dire qu'un guide de réflexion”¹⁶⁸⁴.

Es importante tener en cuenta que, el desarrollo de la justificación dependerá de las circunstancias de cada caso concreto y que entre más profundo y claro sea el análisis de proporcionalidad mejor se desarrollará la función de coherencia y justificación de las decisiones, especialmente en las decisiones que conciernen la protección de derechos humanos en el contexto del derecho de la OMC.

La interacción del derecho internacional no implica privilegiar a un grupo de derechos o intereses sobre otros, sino por el contrario, tener en cuenta la complejidad que implica mantener vigentes dos regímenes tan heterogéneos. El principio de proporcionalidad es un instrumento que puede ser utilizado de forma implícita y explícita por el OSD de la OMC para realizar un estudio racional donde se explique y justifique la decisión bien sea a favor del libre comercio o de la protección de los derechos humanos, en el caso concreto.

Ahora bien, la doctrina no solo ha considerado la función de interacción del derecho internacional del comercio y las inversiones internacionales. También han considerado a la proporcionalidad como un mecanismo imparcial en el control del poder regulatorio de los Estados.

Sección 2- Un instrumento imparcial en el control de la discrecionalidad de los Estados

Desde sus orígenes, la doctrina considera que la proporcionalidad “*has provided a tool to define and restrain the regulatory freedom of governments*”¹⁶⁸⁵. De hecho, la proporcionalidad aporta un método argumentativo que “promueve la deliberación de los asuntos públicos de la sociedad y, al contar con un mecanismo más o menos riguroso y racional de interpretación

¹⁶⁸⁴ BARTENSTEIN Kristin, «L'article XX du GATT: le principe de proportionnalité et la concordance concrète entre le commerce et l'environnement », Les Cahiers de droit, vol. 43, n° 4, 2002, pp. 651-684, p. 677.

¹⁶⁸⁵ MARTIN Anne Marie, “Proportionality: An Addition to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes’ Fair and Equitable Treatment Standard”, Boston College International and Comparative Law Review, Vol. 37, No. 3. 2014, pp. 58-71, p. 67.

sobre los principios constitucionales, satisface el valor de seguridad jurídica, con lo cual se fortalece el Estado constitucional”¹⁶⁸⁶.

En el derecho administrativo de los diferentes sistemas jurídicos del mundo, “*the most common case, is where proportionality is used to challenge a discretionary policy choice made by the administration*”¹⁶⁸⁷. De hecho, los jueces administrativos verifican que la solución contenida en la medida del Estado no genera una carga excesiva sobre quienes se ven afectados con la misma. “*Proportionality is a tool allowing judges to draw a line that the decision-maker cannot cross*”¹⁶⁸⁸. También, en el derecho público norteamericano, con el uso del ‘*balancing*’ la proporcionalidad cumple la función de estructura limitante ante los abusos de los órganos públicos en el uso de su poder discrecional¹⁶⁸⁹.

En el desarrollo de la jurisprudencia del TJUE, “*it is well-known, of course, that the proportionality principle has a vital role to play in determining the appropriateness and validity of national measures*”¹⁶⁹⁰. Así mismo, con el uso de la proporcionalidad, el TEDH controla las decisiones discrecionales con las cuales se ha vulnerado alguno de los derechos protegidos por la CEDH¹⁶⁹¹.

En el derecho internacional público, la proporcionalidad sirve para limitar las extralimitaciones del poder de los Estados en el manejo de sus relaciones internacionales¹⁶⁹². Por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad de los Estados, la proporcionalidad cumple con dos funciones. Por una parte, “*it allows the distinguishing among various forms and tools of reaction to wrongful acts, and limits the power of the reacting state to determine the objective of*

¹⁶⁸⁶ CÁRDENAS GRACIA Jaime. “Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad. Idea, validation and criticism of the principle of balancing”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XLVII, núm. 139, enero-abril de 2014, pp. 65-10, p. 82.

¹⁶⁸⁷ CRAIG, Paul. “Proportionality, Rationality and Review”. *Articles by Maurer Faculty, Law Library of Indiana University*, pp. 265-279, p. 269. Disponible en: <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/2455>.

¹⁶⁸⁸ SANCHEZ Joan. “Origines and Presentation of the Proportionality Principle in French Case Law”, in VOGUENAUER Stefan & WEATHERILL Stephen, *General principles of law. European and Comparative Perspectives*, 2017, Hart Publishing, Oxford, p. 198.

¹⁶⁸⁹ KATROUGALOS Georges & AKOUMIANAKI Daphne. “L’application du principe de proportionnalité dans le champ des droits sociaux”, *Revue du droit public, France Quercy, Paris*, No. 5, 2012, p. 1389.

¹⁶⁹⁰ BERMANN, Georges. “Proportionality and Subsidiarity”, pp. 75-99, in SCOTT Joane & BARNARD, Catherine (Édit). *The law of the Single European Market: Unpacking the premises*, Hart Publishing, 2002, 400 p., p. 75.

¹⁶⁹¹ HARBO Tor-Inge. *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Nijhoff Studies in European Union Law, Vol. 8, 331 p., p. 214.

¹⁶⁹² FRANCK Thomas M., “On Proportionality of Countermeasures in International Law”. *The American Journal of International Law*, Vol. 102, No. 4, 2008, pp. 715-767, p 751.

the response”¹⁶⁹³. Por otra parte, “*it limits the power to choose the measures of redress, and requires that the response be appropriate to the particular aim sought and not disproportionate to the offence that provoked it*”¹⁶⁹⁴.

El análisis de proporcionalidad, como instrumento legal clave para controlar y verificar la discreción ejercida por la administración, implica una relación de medios y fines. “*It establishes both a guideline as to the use of discretion by national authorities and a standard against which decisions are measured. The means employed by public authorities to attain a legitimate objective have to be the least onerous choice, and the impact on individual rights must not be out of proportion to the aim pursued*”¹⁶⁹⁵.

La doctrina también ha atribuido a la proporcionalidad, la función de controlar la discrecionalidad del poder de regulación de los Estados, tanto en el derecho de las inversiones internacionales, como en el derecho de la OMC. De hecho, a través del control de proporcionalidad sobre la medida estatal, el órgano jurisdiccional puede analizar “*the extent to which interferences of host states with foreign investments are permitted*”¹⁶⁹⁶. Así mismo, “*one of its key functions is to define the relationship between the state and its citizens, resolving conflicts of interest between these two spheres*”¹⁶⁹⁷.

La función de control de la discrecionalidad de los Estados que cumple la proporcionalidad permite la protección del libre comercio e inversiones internacionales. Por una parte, con el uso de la proporcionalidad los órganos jurisdiccionales estudian las decisiones estatales acusadas de violatorias de alguna de las disposiciones, contenidas en los Acuerdos de la OMC o los tratados bilaterales de inversiones. Por otra parte, permite vislumbrar si una medida estatal que supuestamente protege un objetivo público legítimo, en realidad busca alcanzar ese fin, o por el contrario, es una medida proteccionista, arbitraria, abusiva o excesiva, en relación

¹⁶⁹³ CANNIZZARO Enzo, “The role of proportionality in the law of international countermeasures”. *European journal of international law = Journal européen de droit international*, vol. 12, n° 5, 2001, pp. 899 a 916, p. 915 a 916

¹⁶⁹⁴ *Ibidem*

¹⁶⁹⁵ ANDENAS Mad & ZLEPTNIG Stefan, « Proportionality: WTO Law : In Comparative Perspective », in *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 20, n°1, 2007, p. 383-384.

¹⁶⁹⁶ SCHILL, Stephan W. “Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law”, *IILJ Working Paper, (Global Administrative Law Series)*, vol. 6, 2006. (www.iilj.org), pp. 1-39, p. 22.

¹⁶⁹⁷ ANDENAS Mad & ZLEPTNIG Stefan, « Proportionality: WTO Law : In Comparative Perspective », in *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 20, n°1, 2007, p. 382.

con la libre inversión y/o comercio internacional entre Estados. Si bien es una estructura imparcial y neutra, con el uso de la proporcionalidad “*la mise à égalité, la mise en balance et la concordance des intérêts engagés peuvent aussi conduire à ce que l’une des parties doive complètement céder*”¹⁶⁹⁸.

La doctrina ejemplifica esto presentando unos casos en los que se aplica la proporcionalidad y cuyo resultado es la protección del libre comercio o la libertad de inversiones internacionales (§ 1). Cabe aclarar que, con el uso de la proporcionalidad no se pretende direccionar el resultado de las decisiones jurisdiccionales a favor, en todos los casos, de los intereses económicos internacionales, sino que la proporcionalidad es una herramienta jurídica imparcial. De hecho, la proporcionalidad es una estructura argumentativa que no pretende favorecer, de antemano, a unos derechos sobre otros, sino que, de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas, del caso bajo estudio, permite al órgano jurisdiccional determinar si la decisión estatal en materia de comercio y/o inversiones internacionales es proporcionada. De esta manera, se toman decisiones justificadas, coherentes y completas. La doctrina destaca los casos en los que, luego de un análisis sobre la proporcionalidad de la medida estatal que restringe el comercio o las inversiones, se ha llegado a la conclusión que la medida era proporcionada, es decir, tenía una justificación en los objetivos legítimos del Estado (§ 2).

§ 1- Un mecanismo de protección del libre comercio e inversiones internacionales

En cuanto al libre comercio internacional, desde la fallida creación de la Organización Internacional del Comercio, los Estados Miembros de la OMC se vienen comprometiendo a suscribir los Acuerdos multilaterales tendientes a liberalizar el comercio entre Estados. El libre comercio entre Estados, es la idea que fundamenta los Acuerdos concluidos en Marrakech. Además, con el *Uruguay Round*, el acta final contempla el resultado de las negociaciones de sesenta y seis Acuerdos multilaterales con los que los Estados se comprometen a tomar acciones para proteger el libre comercio internacional.

Encontramos los Acuerdos del Anexo 1 que reagrupa los Acuerdos sobre el comercio de mercancías, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, el Acuerdo sobre los aspec-

¹⁶⁹⁸ MULLER, Markus, *op.cit.*, p. 18.

tos de propiedad intelectual que conciernen al comercio. El anexo 2 comprende el Memorandum de acuerdo sobre las reglas y procedimientos que rigen la solución de diferencias. El Anexo 3 trata sobre el mecanismo de examen de las políticas comerciales. En cuanto al Anexo 4, comprende los cuatro acuerdos plurilaterales que son: El Acuerdo sobre el comercio de aeronaves civiles, el Acuerdo sobre los mercados públicos, el Acuerdo internacional sobre el sector lechero y el Acuerdo Internacional sobre la carne bovina. Esos Acuerdos conciernen varios sectores de actividad económica y comercial. Igualmente, los recientes tratados económicos regionales pretenden proteger la libertad de comercio internacional en diversos sectores de la economía internacional incluido el de las nuevas tecnologías de la información. Así las cosas, los Estados están obligados a cumplir los Acuerdos y Tratados internacionales en materia comercial. Así mismo el sistema OMC cuenta con un órgano jurisdiccional cuyo fin primordial es verificar que las decisiones estatales en materia de comercio internacional no constituyan una restricción o barrera para la liberalización de los mercados¹⁶⁹⁹.

Los estándares de control, tales como la proporcionalidad, permiten al OSD estudie la medida estatal específica, sus motivos, los fines que pretende alcanzar y con base en la deferencia, debida al poder de regulación de los Estados, establezca si se está o no ante la vulneración de las disposiciones contenidas en los Acuerdos de la OMC, y por tanto, ante una limitación al libre comercio internacional. De hecho, la proporcionalidad cumple la importante función de determinar “*whether a discriminatory measure is arbitrary or unjustifiable, or constitutes a disguised restriction on international trade*”¹⁷⁰⁰.

En relación con la libre inversión internacional, a pesar de los fallidos intentos de crear un sistema multilateral para la protección de los derechos de los inversionistas tanto en los periodos 1945 a 1973, como en el periodo 1973 a 2004, la proliferación de tratados bilaterales de inversión las últimas décadas, dan cuenta del acrecimiento en la protección a los derechos de los inversionistas. “*As a result of the many re-examinations and denunciations of BITs by many countries, the international investment regime is moving towards a more convergent and coherent body of international law. Increasing investment law-making activity at the regional level, combined with an emerging streamlining of the treaty landscape (e.g. the denun-*

¹⁶⁹⁹ TRACHTMAN, Trachtman, Joel P. "The WTO Cathedral." *Stanford Journal of International Law*, vol. 43, no. 1, 2007, p. 127-168, p. 130.

¹⁷⁰⁰ ANDENAS Mad & ZLEPTNIG Stefan, “Proportionality: WTO Law : In Comparative Perspective” *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 20, n°1, 2007, pp. 371-427 p. 411. Ver también DESMEDT, Axel. Op.cit. p. 441.

*ciations and renegotiations of BITs) and countries' reassessment of their international investment policies with a view to strengthening their development contribution (e.g. model BIT revisions or BITs reviews)''*¹⁷⁰¹. No haremos alusión a los TBI's, en virtud de la importante cantidad de Tratados suscritos, así como los límites de su aplicación al caso en concreto.

La proporcionalidad permite el control de las decisiones estatales que resultan nocivas para los derechos de las inversiones internacionales. De hecho, es un estándar de análisis para la determinación de una compensación debida en caso de expropiación, directa e indirecta, así como para la evaluación del monto a pagar por los derechos vulnerados. Los árbitros de los Tribunales de arbitraje de inversiones deberán tener en cuenta la importancia de sus funciones en relación con los valores y derechos que están en juego en cada decisión arbitral, para que dicha decisión no favorezca de forma irracional los derechos de los inversionistas sobre la deferencia al poder regulatorio de los Estados.

En efecto, la doctrina, de forma reiterada, reconoce algunas decisiones en las que, con el uso de la proporcionalidad explícita e implícita, el OSD de la OMC ha controlado la discrecionalidad de los Estados, a favor del libre comercio internacional (A). Así mismo, varios autores reconocen las decisiones de los Tribunales de arbitraje en materia de inversiones internacionales, en las que, con base en la proporcionalidad explícita, se ha favorecido la libre inversión internacional (B).

A. La proporcionalidad de las medidas de restricción comercial no justificadas

Como es bien sabido, el sistema OMC está diseñado para eliminar los obstáculos a la liberalización del comercio internacional. En medio de esta función, y de acuerdo con las negociaciones a las que se haya llegado con los Estados, el OSD puede controlar las medidas que resultan violatorias de los derechos comerciales internacionales, y pedir que se toman las medidas necesarias para su eliminación por parte del Estado Miembro. De acuerdo con lo analizado hasta ahora, el contenido de la proporcionalidad está presente en el régimen de excepciones a los Acuerdos de la OMC, esto es, el artículo 2 del Acuerdo OTC, los artículos XX y XXI del GATT y el artículo XIV del AGCS. La doctrina, a favor del uso de la proporcionali-

¹⁷⁰¹ FIEZZONI, Silvia Karina. "Striking Consistency and Predictability in International Investment Law from the Perspective of Developing Countries." *Frontiers of Law in China*, vol. 7, no. 4, 2012, p. 521-552, p. 536.

dad en el derecho de la OMC, resalta el rol de la proporcionalidad implícita, especialmente del ‘*balancing*’ en el razonamiento utilizado por el OSD para el estudio de las medidas restrictivas del comercio internacional.

En varias de sus decisiones, el OSD de la OMC ha realizado una ponderación o uso de la proporcionalidad implícita con la que ha llegado a controlar las decisiones estatales, que restringen el libre comercio internacional sin justificación. A manera de ejemplo, explicaremos dos casos con los que la doctrina ha sostenido, no solo su relación con la proporcionalidad, sino también, ejemplificadores del control que el OSD ejerce sobre las decisiones discrecionales de los Estados con las que se restringe el libre comercio internacional¹⁷⁰².

En el primer asunto, *Estados Unidos - Camarones*¹⁷⁰³, el OSD, conoció de la reclamación presentada por la India, Malasia, el Pakistán y Tailandia contra la prohibición impuesta por los Estados Unidos de importar determinados camarones y productos del camarón. El objetivo de la prohibición era proteger a las tortugas marinas. De conformidad con una Ley de 1973, los Estados Unidos exigían que los pescadores dedicados a la captura del camarón utilizaran unos dispositivos, para excluir a las tortugas (“DET”) en sus redes, cuando pescaran en zonas donde había una probabilidad considerable de encontrar tortugas marinas.

El artículo 609 de *la Public Law 101-102*, promulgada en 1989, estaba dedicado a las importaciones. Entre otras cosas indicaba que no se podía importar a los Estados Unidos camarón pescado con tecnologías que podían afectar mucho a determinadas tortugas marinas, a no ser que se certificara que la Nación en cuestión contaba con un programa regulatorio y una tasa de capturas incidentales comparable a la de los Estados Unidos, o que el entorno particular de la pesca en esa Nación no representaba ninguna amenaza para las tortugas marinas.

Ante la reclamación presentada, los Estados Unidos argumentó que la medida restrictiva a las importaciones de Camarones se sustentaba en el artículo XX, literal g) del GATT. El Grupo Especial consideró que la prohibición impuesta por los Estados Unidos no podía ampararse en el artículo XX, puesto que no se contaba con justificación para implementar la medi-

¹⁷⁰² Otras decisiones que la doctrina reconoce como contentivas de un análisis de proporcionalidad implícita han sido señaladas en el capítulo 4, v. cfr. *supra*.

¹⁷⁰³ OMC, Informe del órgano de apelación en el asunto: *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del Camarón*, AB-1998-4, de fecha: 12 de octubre de 1998. WT/DS58/AB/R.

da. Con motivo de la apelación, el Órgano de Apelación constató que la medida en cuestión reunía las condiciones para acogerse a las disposiciones del apartado g) del artículo XX, como justificación provisional a la restricción de las importaciones, pero no cumplía los requisitos del preámbulo o párrafo introductorio del artículo XX, que determina las circunstancias en las que pueden invocarse las excepciones generales. El Órgano de Apelación dejó claro que de conformidad con las normas de la OMC los países tienen derecho a adoptar medidas comerciales para proteger el medio ambiente (en particular, para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, y para proteger a las especies amenazadas y los recursos agotables).

También consideró que las medidas para proteger a las tortugas marinas serían legítimas de conformidad con el artículo XX del GATT, siempre que se cumplan ciertos criterios como el de la ‘no discriminación’. En vista de que se estaba ante una medida que discriminaba a los reclamantes, respecto de otros países con los que los Estados Unidos mantenían las importaciones, no se cumplía con los requisitos del párrafo introductorio del Artículo XX. De hecho, los Estados Unidos ofrecían a los países del hemisferio occidental, principalmente del Caribe, asistencia técnica y financiera y unos períodos de transición más largos para que sus pescadores empezaran a utilizar los dispositivos para excluir a las tortugas. Por consiguiente, el Órgano de Apelación concluyó que la medida estadounidense no estaba amparada por el artículo XX del Acuerdo General GATT y ordeno a Estados Unidos tomar las medidas necesarias para levantar la restricción a dichas importaciones.

Ahora bien, en medio de su análisis sobre la justificación provisional de Estados Unidos en la implementación de la medida restrictiva del comercio, bajo el literal g) del Artículo XX del GATT, se tuvo en cuenta los fines que se pretendían alcanzar respecto de la medida implementada. En estos términos: “Así pues, por su diseño y estructura general el artículo 609 no es una prohibición sencilla y genérica de la importación de camarones impuesta, sin tener en cuenta, las consecuencias (o la falta de las mismas) del método de pesca empleado en la captura accidental y la mortalidad de las tortugas marinas. Si nos centramos en el diseño de la medida que contemplamos, observamos que (...) “la relación de medios a fines entre el artículo 609 y la política legítima de conservar una especie agotable y de hecho, amenazada, es claramente una relación estrecha y real, una relación tan sustancial en todo (...)”¹⁷⁰⁴. Para

¹⁷⁰⁴ *Ibidem*, párrafo 141.

los autores a favor de la existencia de la proporcionalidad implícita en el razonamiento del OSD de la OMC: “*The cited passage can be read as including almost all constitutive elements of proportionality. Not only that the connection between the trade restrictive measure and the ‘legitimate policy’ must be a ‘close and real’ one, a language very similar to ‘effective’ and ‘suitable’, the relationship must also be ‘reasonably’*”¹⁷⁰⁵. Entonces, la proporcionalidad implícita está presente en el control de la medida discrecional de los Estados Unidos, medida que al ser discriminatoria vulneraba el libre comercio internacional.

En el segundo asunto, *Boeuf Coréen*¹⁷⁰⁶, el objeto de la disputa consistía en tres tipos de medidas implementadas por Corea contra Australia y los Estados Unidos. Por una parte, las medidas que afectaban la importación, distribución y venta de carne vacuna. Por otra parte, el “sistema dual de venta al por menor” establecido por Corea para la venta de carne vacuna importada y nacional. Finalmente, los programas coreanos de ayuda interna a la agricultura. Los países afectados, presentaron la reclamación ante el OSD de la OMC. Corea se defendió argumentando que las medidas estaban justificadas en el literal d) del Artículo XX del GATT. Frente a esto, el Órgano de Apelación confirmó, también la constatación del Grupo Especial, de que el sistema dual de venta al por menor no estaba justificado, como una medida necesaria para lograr la observancia de la Ley sobre Competencia Desleal de Corea, porque dicho sistema no era “necesario” en el sentido del apartado d) del artículo XX. Según el órgano de apelación, para determinar si una medida es “necesaria” es preciso sopesar y confrontar factores como la contribución de la medida a la observancia de la ley o reglamento de que se trate, la importancia relativa de los intereses o valores comunes protegidos y la repercusión de la ley en el comercio¹⁷⁰⁷. El Órgano de Apelación convino con el Grupo Especial en que Corea no había demostrado que no podía alcanzar el nivel de observancia que

¹⁷⁰⁵ HILF Meinhard & PUTH Sebastian, « The Principle of Proportionality on its Way into WTO/GATT Law », *European integration and international co-ordination : Studies in Transnational Economic Law in honour of Claus-Dieter Ehlermann*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, pp. 199-218, p. 214. Otros autores a favor de la existencia de la proporcionalidad implícita en esta decisión son: SIMMONS, Benjamin. “In Search of Balance: An Analysis of the WTO Shrimp/Turtle Appellate Body Report”, *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 24, no. 2, 1999, p. 413-454; ANDENAS Mads & ZLEPTNIG Stefan, « Proportionality : WTO Law : in Comparative Perspective », in *Texas international law journal*, vol. 42, n°3, 2007, pp. 371-427, P. 409; DESMEDT Alex, « Proportionality in WTO Law », in *Journal of International Economic Law*, vol. 4, n°3, 2001, pp. 441-480, p. 465.

¹⁷⁰⁶ OMC, informe del grupo de apelación, en el asunto: Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada, AB-2000-8, del 11 de diciembre de 2000, WT/DS161/AB/R; WT/DS169/AB/R.

¹⁷⁰⁷ *Ibidem*, párrafos 161 a 180.

había escogido utilizando medidas alternativas¹⁷⁰⁸. Para varios autores, en esta decisión se hace un análisis de proporcionalidad implícito, toda vez que « *la détermination de la nécessité d'une mesure entraîne un balancement de différents facteurs qui incluent en prévalence la contribution apportée par la mesure à l'application de la loi en question; l'importance des intérêts et valeurs poursuivis ; l'impact sur les échanges. Plus les intérêts et valeurs sont vitaux ou importants, plus il sera facile d'admettre la « nécessité » d'une mesure* »¹⁷⁰⁹.

Tal como podemos observar, el principio de proporcionalidad desempeña un papel significativo en la normativa de la OMC cuando se juzga reglamentos de los Miembros de la OMC¹⁷¹⁰. De hecho, la función de control de las medidas discrecionales del Estado es evidente en estos ejemplos, en los que se llega a la conclusión que las medidas impuestas, con base en el régimen de excepciones de la OMC no estaban justificadas, siendo la proporcionalidad implícita uno de los criterios con los que se controla la actividad discrecional del Estado, llegando a la conclusión que, las medidas estatales vulneran las obligaciones en materia de liberalización de los mercados.

La proporcionalidad también es un mecanismo con el que se controla la discrecionalidad de los Estados, a favor de los derechos de los inversionistas internacionales.

B. La proporcionalidad de las medidas sobre derechos de los inversionistas

En materia de inversiones internacionales, para la doctrina resulta indiscutible que la proporcionalidad es un estándar de control que contribuye a un tratamiento razonable de los derechos del inversionista, en relación con los objetivos estatales que se pretenden alcan-

¹⁷⁰⁸ Resumen de las decisiones más importantes de la OMC, disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/lpagesum_s/ds161sum_s.pdf.

¹⁷⁰⁹ Entre otros: ROUZZI Elisa, «L'application du principe de proportionnalité en droit de l'organisation mondiale du commerce », In RUIZ FABRI Helène & GRADONI Lorenzo (éds.), *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de législation comparée, « Collection Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris », 2009, pp. 475-492, p. 478 a 479; 143. Ver también: BOSSCHE Van de, « Looking for Proportionality in WTO Law » *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 35, n° 3, 2008, pp. 283-294, p. 287.

¹⁷¹⁰ DESMEDT, Alex. "Proportionality in WTO Law", in *Journal of International Economic Law*, vol. 4, n°3, 2001, pp. 441-480/2001- p. 441.

zar¹⁷¹¹. De hecho, la proporcionalidad “*empowers courts and tribunals to review state conduct in a significant fashion and detect discriminatory practices*”¹⁷¹².

Gracias a la decisión *Tecmed*, según la cual “*there must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed on the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure*”¹⁷¹³, la doctrina ha destacado varios casos en los que, ante las decisiones arbitrarias, excesivas o desmedidas de los Estados, los Tribunales de arbitraje han hecho uso de la proporcionalidad para la revisión de las mismas, protegiendo la libre inversión internacional.

La doctrina ha resaltado varios casos en los que, con base en el análisis de proporcionalidad implícito, los Tribunales de Arbitraje en inversiones han hecho uso del control sobre las medidas discrecionales del Estado, que resultaron violatorias de los derechos de los inversionistas, y que por tanto, daban lugar a la compensación. Nos limitaremos a presentar dos decisiones bastante tratadas por la doctrina¹⁷¹⁴.

El primer caso concierne la decisión *Saluka Investments B.V. vs Czech Republic*¹⁷¹⁵. La empresa inversionista reclamaba el pago de una indemnización por el tratamiento injusto e inequitativo que había recibido, con ocasión de las medidas tomadas por la República Checa, en medio de la salida de una era comunista y la independencia con Eslovaquia. En efecto, los bancos estatales tomaron diversas medidas económicas que afectaron, entre otros al inversionista aquí demandante. Luego de una revisión de los hechos comprobados, el Tribunal consideró que: “*No investor may reasonably expect that the circumstances prevailing at the time the investment is made remain totally unchanged. In order to determine whether frustration of the foreign investor’s expectations was justified and reasonable, the host State’s legitimate right subsequently to regulate domestic matters in the public interest must be taken into consideration as well*”¹⁷¹⁶. Y concluyo que, la República Checa había violado la obligación de “trato justo y equitativo” al responder al problema de la deuda incobrable en el sector bancario che-

¹⁷¹¹ ORTINO, Federico. “Refining the Content and Role of Investment ‘Rules’ and ‘Standards’: A New Approach to International Investment Treaty Making”. *ICSID Review*, Vol. 28, No. 1, 2013, pp. 152–168, p. 162.

¹⁷¹² VADI Valentina, «Proportionality, Reasonableness, and Standards of Review in Investment Treaty Arbitration». *Op. cit.* p. 204.

¹⁷¹³ CIADI, decisión *Tecmed v. Mexico*, *op.cit.*, párrafo 122.

¹⁷¹⁴ Las demás decisiones, han sido mencionadas en los capítulos anteriores. Cfr. Capítulo 2, *supra*.

¹⁷¹⁵ CPA, bajo las reglas UNCITRAL de 1976. Laudo parcial en el asunto, *Saluka Investments B.V. vs Czech Republic*, de fecha: 17 de marzo de 2006.

¹⁷¹⁶ *Ibidem*, párrafo 305.

co de una manera que otorgó un trato diferencial al inversionista sin una justificación razonable. Los cuatro grandes bancos estaban en una posición comparable con respecto al problema de la deuda incobrable. No obstante, la República Checa excluyó al inversionista del suministro de asistencia financiera, sin haber ofrecido una justificación razonable para el trato diferenciado hacia el inversionista¹⁷¹⁷. Para algunos, esta decisión contiene un juicio de ponderación. *“The tribunal recognized that an investor’s legitimate expectations must be balanced against public interests so that not every change in the domestic legal framework will entitle the investor to compensation”*¹⁷¹⁸.

El segundo caso, está contenido en la decisión *Suez y Vivendi Universal c. Argentina*¹⁷¹⁹. Este reclamo se refería a un programa de privatización del agua de 1993 y una concesión a 30 años, otorgada por Argentina a las empresas demandantes para operar los servicios de agua y aguas residuales. Los inversionistas alegaron que las acciones y omisiones del gobierno relacionadas con la crisis financiera argentina destruyeron el valor de la inversión, en violación de los TBI de Argentina. Durante el arbitraje, el Tribunal abordó este reclamo bajo las disposiciones de trato justo y equitativo del TBI. El Tribunal interpretó que la disposición requería que los Estados anfitriones deban proteger las "expectativas legítimas" objetivas y razonables de los inversores teniendo en cuenta todas las circunstancias relevantes, incluida la naturaleza de la inversión, los derechos e intereses de Argentina para ejercer su autoridad reguladora, y las condiciones históricas, políticas, económicas y sociales de la Argentina. Argentina argumentó que las obligaciones de un gobierno, en materia de derechos humanos, para garantizar a su población el derecho al agua, deben superar sus obligaciones con los inversores en virtud de los TBI. El Tribunal rechazó esto, sosteniendo que un Estado debe respetar tanto sus derechos humanos como las obligaciones del tratado por igual, y consideró a Argentina responsable de violar el TBI, por tomar acciones injustas e inequitativas sobre el inversionista¹⁷²⁰.

Este análisis es interpretado por algunos como la exigencia de conciliar derechos diferentes, y de hacer privilegiar los derechos de los inversionistas siempre que se demuestre que

¹⁷¹⁷ párrafo 498.

¹⁷¹⁸ BARKER, « Investor State Arbitration as International Public Law : Deference, Proportionality and the standard of Review », *op.cit.* p. 265.

¹⁷¹⁹ CIADI, decisión en el asunto: *Suez and Vivendi Universal c. La República de Argentina*, del 30 de julio de 2010, No.ARB/03/19.

¹⁷²⁰ *Ibidem*, párrafos 63 a 65.

la medida con la que se intentaba proteger un objetivo público legítimo no era proporcionada. *“This seems to be the idea when Vivendi Universal suggests that both the obligations of human rights and treaty obligations have to be respected. Such a respect to both rights could be accorded only when it is possible to operationalize the principle of proportionality in State conduct, action or measures taken by the Host-State. The only exception that may be permitted is when the right of an investor conflicts with a jus cogens norm, in which case the latter should prevail”*. (negrillas propias).

Los anteriores ejemplos demuestran que, ante las medidas discriminatorias, inequitativas, arbitrarias o abusivas del Estado, la proporcionalidad hace parte del control a la discrecionalidad de los Estados. Por consiguiente, la proporcionalidad puede aportar, en algunos casos, a la protección de los derechos de los inversionistas y a su compensación económica, *«les investisseurs invoquent également de plus en plus souvent le caractère disproportionné des mesures dont ils font l’objet pour justifier l’obtention d’une indemnisation¹⁷²¹”*.

Cabe reiterar que, la proporcionalidad es una estructura imparcial, puesto que no pretende el favorecimiento previo de un derecho, libertad o interés sobre otro. Lo que busca es la limitación de las decisiones que resulten discriminatorias, excesivas, arbitrarias y abusivas, en últimas, desproporcionadas. De hecho, si un Estado anfitrión justifica sus medidas regulatorias invocando objetivos públicos legítimos, como el derecho al medio ambiente o la salud, ni siquiera puede cambiar el resultado del juicio de proporcionalidad que hagan los organismos jurisdiccionales, toda vez que el peso del deber gubernamental de proteger la salud pública depende de los derechos humanos y constitucionales de sus ciudadanos, así como el peso de los derechos de los inversores afectados negativamente puede estar influenciado por los derechos humanos y las responsabilidades corporativas previamente adquiridas con los inversores extranjeros.

Entonces, es posible encontrar decisiones de los órganos jurisdiccionales, en las que se haga uso de la proporcionalidad, pero que lleguen al respeto de los objetivos públicos legítimos.

¹⁷²¹ ROBERT-CUENDET Sabrina. Droits de l’investisseur étranger et protection de l’environnement. Contribution à l’analyse de l’expropriation indirecte, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010. 545 p., p. 345.

§ 2- Un mecanismo para la protección de los objetivos públicos legítimos

Los Estados son soberanos, en cuanto a la determinación de reglas, en materia de circulación de bienes y capitales, desde y hacia su territorio¹⁷²². El artículo 2, párrafo 2 de la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados de 1974 afirma que, cada Estado tiene una soberanía permanente sobre los recursos naturales y las actividades económicas, con lo cual, puede regular las actividades de inversión extranjera sobre su territorio nacional¹⁷²³.

Con base en esta facultad, los Estados pueden supervisar las actividades de las sociedades transnacionales, en los límites de su jurisdicción nacional, de nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros. Sin embargo, los Estados y los inversionistas están obligados a respetar lo acordado en los TBI's, sobre la manera en que podrán ejercerse las actividades de control sobre la inversión extranjera, así como las eventuales compensaciones al inversionista en caso de vulnerar sus derechos.

Ahora bien, las distintas organizaciones internacionales han reconocido la soberanía de los Estados. Sin embargo, con el fin de liberalizar el comercio y las inversiones internacionales, el respeto a ese poder soberano se traduce en el respeto a los objetivos públicos de los Estados, siempre que estos sean legítimos. Los objetivos públicos, legítimos de los Estados, corresponden a una serie de fines estatales, reconocidos a nivel nacional e internacional, como parte del interés público de las Naciones, como pueden ser: la protección de derechos humanos, el medio ambiente, la salud pública, el orden y seguridad nacionales, entre otros.

Es decir que, el OSD de la OMC y los Tribunales de arbitraje internacional de inversiones, están facultados para determinar si la vulneración de Tratados y Acuerdos en materia de comercio e inversiones, con base en una medida estatal, corresponde o no a la persecución de un objetivo público legítimo, en cuyo caso, no daría lugar a compensaciones a los afectados. En caso contrario, por tratarse de una medida estatal que disfraza la intención de proteccionismo económico, da lugar a las indemnizaciones o compensaciones que correspondan.

¹⁷²² DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias & PELLET Alain, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8ème édition, 2009, p. 1156.

¹⁷²³ Contenida en la Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, disponible en: <https://dudh.es/carta-de-derechos-y-deberes-economicos-de-los-estados/>

En virtud de que, en algunos casos, no es posible determinar con claridad, si se está ante una vulneración de los Tratados y Acuerdos, o ante la protección de un objetivo público legítimo, es necesario acudir a mecanismos, provenientes de otras áreas jurídicas, que permitan resolver el litigio de fondo, de forma imparcial. La proporcionalidad es una herramienta que puede llevar, tanto a la protección del libre comercio e inversiones, como a la protección de los objetivos públicos legítimos. De hecho, « *proportionality should not be seen as being in favor of, or against, any liberal or communitarian doctrines. Rather, proportionality is a tool* »¹⁷²⁴.

De lo revisado hasta la fecha, observamos que son muy pocas las decisiones en las que se ha hecho un estudio minucioso, completo y explícito de la proporcionalidad de la medida, lo que de cierta manera demuestra la posición deferente que los órganos jurisdiccionales internacionales han asumido, en materia de comercio e inversiones, respecto del poder regulatorio de los Estados.

A pesar de lo anterior, la doctrina ha resaltado casos en los que, con aplicación del control de proporcionalidad, explícito o implícito, tanto en las decisiones del OSD como de los Tribunales de arbitraje de inversiones internacionales, se ha llegado a la conclusión que, la medida estatal restrictiva del libre comercio o inversiones internacionales está justificada en la protección a objetivos públicos legítimos, tales como, la salud pública (A), o el orden económico y seguridad nacionales (B).

A. La salud pública

Como es bien sabido, la salud pública es un objetivo público de los Estados que es protegido a nivel interno y también es regulado por las directrices de la Organización Mundial de la Salud. En materia de comercio e inversiones internacionales, son varios los sectores que interactúan estrechamente con la salud pública. Encontramos las mercancías, dentro de las cuales, tienen relevancia la agricultura/alimentos, la pesca y los medicamentos, la propiedad intelectual y las inversiones relacionadas con el comercio internacional. También encontramos, los derechos de propiedad intelectual, ligados al comercio, que pueden afectar la salud pública en cuanto a la manipulación de medicamentos. Del mismo modo, las inversiones in-

¹⁷²⁴ BARAK Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, New York, Cambridge University Press, 2012, 638 p., p. 460.

ternacionales también pueden acarrear impactos en el estado de la salud pública, eso dependerá, en gran medida, de las facilidades políticas o jurídicas que los Estados implementen para la atracción de los inversionistas¹⁷²⁵.

La proporcionalidad es una estructura argumentativa que permite el estudio de los motivos de las medidas restrictivas al comercio e inversiones internacionales, en favor de la salud pública. *“The starting point for criteria to assist the judicial inquiry in dealing with an economic/non-economic conflict must be this same condition: there must be due consideration for each interest where they come into conflict, with the prioritisation of one being weighed against the restraining effect upon the other. Such an approach, which may be characterised as based on ‘proportionality’, avoids the danger arising from the prescription of specific approaches which could lack sensitivity to particular contexts and values”*¹⁷²⁶.

Si bien es cierto, para algunos autores la proporcionalidad no se evidencia en el razonamiento del OSD que resuelve el conflicto entre la protección de la salud pública y la liberalización del comercio¹⁷²⁷, para otros, *“the conflicting rights of the state resorting to unilateral trade measures for environmental purposes and those of the states affected by such measures should be reconciled by a balancing operation that is structured by the tests of necessity and proportionality”*¹⁷²⁸. Además, buena parte de la doctrina está de acuerdo con que la proporcionalidad, en cualquiera de sus formas, hace parte del análisis entre derecho a la salud pública y los derechos de los inversionistas internacionales¹⁷²⁹.

Lo anterior lo evidenciamos en algunas decisiones de los órganos jurisdiccionales, en las que se ha hecho uso de la proporcionalidad implícita y donde se ha concluido que las restricciones al libre comercio e inversiones internacionales estaban justificadas en el objetivo

¹⁷²⁵ GADJI, Abraham Yao. Libéralisation du commerce international et protection de l'environnement. Tesis de doctorado en derecho, sustentada en la Universidad de Limoges, Francia, el día 26 de enero de 2007, dirigida por el profesor Michel PRIEUR, 724 p., pp. 32 a 36.

¹⁷²⁶ REID Emily, Balancing Human Rights Environmental Protection and International Trade. Lessons from the EU Experience, *op.cit.*, p. 12.

¹⁷²⁷ MARCEAU; MARQUET, *op.cit.*, p. 149.

¹⁷²⁸ TAMIOTTI, Ludvine. "Trade and the Environment: Fundamental Issues in International Law, WTO Law and Legal Theory by Erich Vranes", *World Trade Review*. Oxford University, vol. 9, No. 1., 2010, pp. 285-288.

p. 286.

¹⁷²⁹ WAELDE, Thomas & KOLO Abba «Environmental Regulation, Investment Protection and ‘Regulatory Taking’ in International Law», in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, 2001, pp. 811-848, p. 820 y Potesta, Michele. "Public Health in International Investment Law and Arbitration by Valentina Vadi." *European Journal of Risk Regulation*, vol. 4, no. 3, 2013, p. 419-421.

público de protección a la salud pública. A título de ejemplo, mencionaremos dos casos, mencionados, de forma recurrente, por la doctrina.

Por una parte, encontramos la decisión del OSD de la OMC, en el asunto *CE-Amianto*¹⁷³⁰. El amianto crisotilo se ha utilizado ampliamente en diferentes sectores industriales, pero es una sustancia altamente tóxica y la exposición a esta supone graves riesgos para la salud humana no solo de quien la utiliza sino también para la población, en general. Luego de la prohibición a su uso, por parte de Francia, las Comunidades Europeas también justificaron esta prohibición, por motivos de protección de la salud humana. El Canadá, al ser el segundo mayor productor de amianto del mundo, presentó reclamación ante la OMC, por considerar que la prohibición a estas importaciones vulneraba algunas disposiciones de los Acuerdos de la OMC. Si bien es cierto, no desconoció los riesgos asociados al amianto, solicitó que se tuviera en cuenta la distinción entre fibras crisotilas y el crisotilo contenido en una matriz de cemento, puesto que este último evita los escapes de fibras de amianto y no pone en peligro la salud humana.

Las Comunidades Europeas alegaron haber actuado conforme al régimen de excepciones, específicamente que se tratada de una medida necesaria para la protección de la salud humana, de acuerdo con el apartado b) del artículo XX. El grupo especial constató que la prohibición de Francia podría justificarse al amparo del apartado b) del artículo XX. En otras palabras, podría considerarse que la medida era “necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales”. También cumple las condiciones del preámbulo del artículo XX. Con base en lo anterior, el Grupo Especial resolvió en favor de las Comunidades Europeas.

Esta decisión contiene un análisis de proporcionalidad implícito, toda vez que el grupo especial estudió la necesidad, tal como lo exige el literal b) del artículo XX, poniendo en una balanza los intereses encontrados. Al final, determinó que no había otro medio distinto para alcanzar el fin propuesto, considerado de vital importancia, esto es, la salud pública, con lo cual la medida de restricción al libre comercio estaba justificada en la protección de un objetivo público legítimo.

¹⁷³⁰ OMC, informe del grupo especial en el asunto, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, adoptado el 5 de abril de 2001, No. WT/DS135/R.

Por otra parte, tenemos, decisión del CIADI en el asunto, *Philip Morris vs Uruguay*¹⁷³¹. La doctrina considera que el tribunal de arbitraje tuvo en cuenta los diferentes intereses en conflicto para decidir a favor del respeto por el derecho a la salud pública, incluso que estábamos frente a una decisión no desproporcionada¹⁷³². En este caso, los demandantes presentaron reclamación ante el CIADI por dos medidas legislativas implementadas por Uruguay. La primera, ordenaba un ‘requisito de presentación única’, en adelante-RPU-, en el empaque de cigarrillos, de modo que se prohibieran diferentes empaques o variantes de cigarrillos. La segunda medida, ordenaba un aumento en el tamaño de las advertencias sanitarias en los envases de cigarrillos del 50 al 80% de la parte inferior, de cada uno de los lados principales, de un paquete de cigarrillos, en adelante- Regulación del 80/80-.

Como señaló el informe *amicus* presentado por la Secretaría de la OMS y del Convenio Marco para el Control del Tabaco, las advertencias sanitarias de gráficos y textos grandes son cada vez más comunes en los envases de tabaco a nivel mundial y varios Estados han promulgado leyes con el objetivo de evitar embalajes de tabaco engañosos. Ante el reclamo de tratamiento injusto e inequitativo, por considerarse una medida estatal discriminatoria y excesiva, el Tribunal consideró que tanto al RPU, como la Regulación del 80/80 se tratan de medidas proporcionadas y tomada de buena fé¹⁷³³. Respecto de las expectativas legítimas del inversionista, el Tribunal consideró “*the State’s rights to exercise its sovereign authority to legislate and to adapt its legal system to changing circumstances*”¹⁷³⁴.

De acuerdo con lo antes visto, la proporcionalidad puede ser aplicada por los órganos jurisdiccionales, como una herramienta parte del control hacia las medidas estatales, sin que se desconozcan los objetivos públicos legítimos, sino que, por el contrario, puede hacer parte de una decisión a favor del poder regulatorio de los Estados, en este caso, la salud pública.

¹⁷³¹ CIADI, laudo en el asunto: Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products s.a. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay, de fecha: 8 de julio de 2016, No.ARB/10/7.

¹⁷³² Para ZARRA: “*the sovereign prerogatives of host States can be taken into due account by arbitral tribunals when evaluating indirect expropriations through an application of the principle of proportionality, to which the concept of deference towards State authority is inherent*”. Ver: ZARRA, Giovanni. "Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay." *Brazilian Journal of International Law*, vol. 14, no. 2, 2017, p. 95-121., p. 115.

¹⁷³³ Párrafo 305.

¹⁷³⁴ Párrafo 422.

B. El orden económico y la seguridad nacional

Estos objetivos públicos de los Estados también exceptúan de la aplicación de las Acuerdos y Tratados en materia de comercio e inversiones internacionales. Son una expresión importante de la autodeterminación de los pueblos y la soberanía jurídica de los Estados. La proporcionalidad hace parte del análisis con el que los órganos jurisdiccionales deciden si las medidas restrictivas al comercio e inversiones, tienen una justificación en el orden económico o la seguridad nacional y por tanto, en algunas decisiones, encontramos que la proporcionalidad participa de la protección a estos objetivos públicos legítimos.

Es el caso, por ejemplo, de la decisión *LG&E vs Argentina*¹⁷³⁵. El inversionista reclamaba los daños causados, con ocasión de las medidas tomadas por la Argentina, ante la crisis económica vivida durante los años 1999-2002. El inversionista, lesionado con las medidas adoptadas por el Estado, acudió al Tribunal CIADI reclamando el pago de una compensación, con base en la existencia de una expropiación indirecta sobre los derechos económicos de los inversionistas. El Estado alegó que la medidas económicas estatales, que afectaban la propiedad sobre el capital del inversionista, había sido tomada con base en lo contemplado en el artículo XI del TBI suscrito entre Estados Unidos y Argentina, según el cual: “Este Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones con respecto al mantenimiento o restauración de la paz o seguridad internacional, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”, y que por tanto, la medida no era ilícita, sino que con ella se pretendía restablecer el orden económico nacional.

Al respecto, el CIADI advirtió que: “*the State has the right to adopt measures having a social or general welfare purpose. In such a case, the measure must be accepted without any imposition of liability, except in cases where the State's action is obviously disproportionate to the need being addressed*”¹⁷³⁶. Luego de constatar que las medidas tomadas por Argentina respondían a un estado de necesidad durante el periodo 2001 a 2003, el Estado no era responsable por las supuestas vulneraciones a los derechos del inversionista, declarando que no había lugar a la expropiación de la inversión internacional. Para algunos, “*In LG&E, the Tribu-*

¹⁷³⁵ CIADI, laudo en el asunto: LG&E energy corp. LG&E capital corp. LG&E international inc. vs. República Argentina, de fecha: 3 de octubre de 2006. No. ARB/02/1.

¹⁷³⁶ *Ibidem*, párrafo 195.

*nal following the Tecmed approach has observed there must be a balance in the analysis both of the causes and the effects of a measure in order to qualify as being proportionate”*¹⁷³⁷.

Así mismo, el OSD de la OMC ha tomado decisiones con las que, haciendo uso de la proporcionalidad, considera que la medida estatal está justificada en el artículo XXI del GATT, es decir, en las excepciones a la aplicación de los Acuerdos de la OMC, relativas a la seguridad nacional. Es el caso *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito*¹⁷³⁸. La Federación de Rusia tomó una serie de medidas restricciones al tráfico de mercancías procedente de Ucrania, en tránsito por la hacia terceros países. A juicio de la Federación de Rusia, esta medida estaba justificada en el inciso iii) del apartado b) del artículo XXI del GATT. El Grupo Especial constató que la Federación de Rusia había cumplido los requisitos necesarios para invocar la excepción a la restricción del comercio con Ucrania. Para ello, tuvo en cuenta el desarrollo que se le ha dado a los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas, en el derecho internacional público. Algunos Estados Miembros, acogieron positivamente la interpretación dada en la resolución del Grupo Especial a la excepción relativa a la seguridad nacional, toda vez que no se había ahondado en este tema, de vital importancia. Si bien es cierto, esta decisión es muy reciente, y, por tanto, no ha habido un desarrollo doctrinal al respecto, vale la pena resaltarla, toda vez que con ella se hace aplicación expresa de la proporcionalidad, llegando a proteger la discrecionalidad estatal, en relación con la seguridad nacional, por encima del libre comercio internacional.

De acuerdo con lo antes visto, la proporcionalidad cumple con la función de controlar la discrecionalidad de los Estados, partiendo de una estructura de raciocinio imparcial. En algunas ocasiones, la decisión puede terminar protegiendo el libre comercio e inversiones internacionales, en otras ocasiones, proteger el poder regulatorio de los Estados u objetivos públicos legítimos.

¹⁷³⁷ HARIHARAN, Srikanth. “Distinction between Treaty and Contract The Principle of Proportionality in State Contractual Actions in Investment Arbitration”, *The Journal of World Investment & Trade*; vol. 14, 2013, pp. 1019-1054, p. 1036. Otros autores que reconocen un análisis de proporcionalidad en esa decisión: HENCKELS, Caroline. “Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality analysis and the standard of review in investor-state arbitration”, *Journal of International Economic Law*, vol. 15, no. 1, pp. 223–255, p. 234; KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stephan W. “Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law”, *op.cit.*, p. 46 a 47; BARKER Paul, « Investor State Arbitration as International Public Law : Deference, Proportionality and the standard of Review », *op.cit.*, p. 264 a 265.

¹⁷³⁸ Informe del grupo especial, del 6 de junio de 2019, en el asunto: *Rusia-Medidas que afectan al tráfico en tránsito*, WT/DS512/R.

Conclusiones del capítulo

En la actualidad, los Estados y las organizaciones internacionales deben enfrentarse a la fragmentación jurídica, presente a nivel internacional. Al respecto, la proporcionalidad es un mecanismo judicial expandido de forma generalizada, gracias al diálogo entre jueces, de hecho, la proporcionalidad, *“has provided an important doctrinal underpinning for the rights-based expansion of judicial authority across the globe”*¹⁷³⁹. También participa de la visión publicista del derecho de la OMC y de las inversiones internacionales. Otro importante debate, en el que participa la proporcionalidad, es el de la incorporación de los derechos humanos en el derecho de las inversiones internacionales y el derecho de la OMC. Con base en lo anterior, podemos inferir que la proporcionalidad hace parte del discurso doctrinal en torno a una interacción del derecho internacional económico, con otras áreas, tales como el derecho público, interno e internacional.

Si bien no son muchas las decisiones en las que de forma expresa se hace uso de la proporcionalidad, constatamos que, en algunas de ellas, se ha dado un espacio a un razonamiento de *‘balancing’* o ponderación, en medio del control de las decisiones discrecionales de los Estados, con las que se limitan los derechos al libre comercio e inversiones internacionales. En este último caso, la proporcionalidad ha sido aplicada, tanto para proteger el libre comercio e inversiones internacionales, como con respeto del poder regulatorio de los Estados¹⁷⁴⁰.

Es importante aclarar que, al tratarse de funciones ideológicas de la proporcionalidad, estas son mas potenciales que prácticas. Sin embargo, es posible que los roles que la doctrina le atribuye a la proporcionalidad se consoliden, con el paso de los años, pero eso dependerá de la conciencia jurídica que al respecto tengan los integrantes de los órganos jurisdiccionales. También dependerá de la práctica, la determinación del alcance que adquiere la proporcionalidad.

Es importante que, con el uso de la proporcionalidad, se tomen decisiones coherentes, bien justificadas y bien explicadas, además con la deferencia debida a los Estados. De lo contrario, el uso de la proporcionalidad en vez de aportar al desarrollo del derecho del comercio

¹⁷³⁹ STONE SWEET Alec & MATHEWS Jud, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », in Columbia Journal of Transnational Law, 2008. Faculty Scholarship Series, vol. 47, pp. 1-65, p.61.

¹⁷⁴⁰ MARTIN Anne Marie. Op.cit. p. 68.

internacional y de las inversiones internacionales, puede llevar al aumento de la crisis de legitimidad ya existente¹⁷⁴¹.

¹⁷⁴¹ REID Emily, *Balancing Human Rights Environmental Protection and International Trade. Lessons from the EU Experience*, Oxford, Hart Publishing « Studies in International Trade Law », 2015, 364 p., p. 13.

CONCLUSIONS GENERALES

L'étude qui se termine ici ne prétend pas répondre à toutes les questions sur le principe de proportionnalité dans le droit économique international. Vu la richesse et l'extension de l'objet de recherche, tant du fait de la multitude de formes que, de la diversité des contenus, une extrême humilité et rigueur ont été imposées. Nous espérons avoir pu présenter les problèmes les plus importants autour du principe de proportionnalité, problèmes qui devrait actuellement faire l'objet de réflexions et des analyses dans le droit de l'OMC et des investissements internationaux avec l'État. Surtout, en ce qui concerne la subjectivité avec laquelle les analyses juridictionnelles peuvent être abordées. Ce travail avait pour ambition la réflexion, dans le droit international économique, les questions suivantes : ¿qu'est-ce que ? ¿comment ? et ¿pour quoi ? Compte tenu de la complexité conceptuelle, l'humilité s'impose à nouveau. Les réflexions ont été encadrées par un parcours en droit administratif.

Ainsi, les explications potentielles sur le sujet peuvent être regroupées en deux. D'une part, la proportionnalité est un principe d'une richesse et d'une flexibilité profondes. Sa reconnaissance dans le droit interne, des différents pays du monde, de manière généralisée, ainsi qu'en droit international, nous montre que la proportionnalité est un point fondamental de convergence du droit et donc que son essence est présente dans tous les domaines du droit. En effet, dans le droit de l'OMC et le droit international des investissements, la proportionnalité a été reconnue. Les limites dans sa reconnaissance actuelle, en tant que principe général, reflètent la nécessité d'une méthodologie plus claire sur l'origine et la nature juridique des principes juridiques appliqués par les organisations de règlement des différends au niveau international.

Au-delà des limites dans sa consolidation, l'existence d'un standard juridique de proportionnalité est actuellement indéniable. En effet, il a été appliqué non seulement expressément mais aussi de manière implicite, dans la pratique décisionnelle. En outre, il a obtenu une reconnaissance récente dans les traités et les accords économiques internationaux.

La proportionnalité peut être analysée à partir de différents prismes théoriques. En fait, il s'agit d'un principe paradigmatique, protéiforme, polysémique et il est possible de retrouver des éléments des différentes définitions au sein d'une même analyse. Malgré cela, l'idée de proportionnalité est cardinale en droit, puisqu'elle implique l'altérité, c'est-à-dire la relation entre différents droits ou intérêts, en l'occurrence, en matière de commerce international et

d'investissement avec l'État. De même, la proportionnalité nécessite une relation d'équilibre interindividuel, d'analyse des extrêmes existants, à travers une structure flexible, qui véhicule l'idée de justice matérielle, appliquée dans l'interprétation des accords et des traités internationaux.

La mise en œuvre de la norme de proportionnalité nous montre sa capacité à s'adapter à la logique et aux méthodologies qui guident chaque contexte juridique spécifique. C'est un mécanisme qui renforce le rôle du juge et, au même temps, le contrôle. Même dans le droit de l'OMC que dans le droit international des investissements avec l'État, le standard de proportionnalité renvoie au mandat de conciliation juridique. D'une part, dans les relations de pouvoir entre États, en matière de commerce international. D'autre part, dans la relation entre les États et l'investisseur international. Enfin, dans la relation entre l'État et les pouvoirs implicites des organismes juridictionnels. Les critiques autour de l'utilisation de la proportionnalité se sont concentrées sur le standard juridique en soi. Cependant, l'application de la proportionnalité souligne la nécessité d'unifier les critères sur la base desquels il est possible d'évaluer les décisions des organes juridictionnels. En d'autres termes, au lieu de centrer l'étude sur le mécanisme juridique de la proportionnalité, il est nécessaire de poursuivre l'analyse de la manière dont il est appliqué. La diversité des niveaux d'intensité nous montre une réflexion supplémentaire qu'il convient de faire, concernant la motivation des décisions juridictionnelles en droit économique international : ¿dans quelle mesure, l'organe de solution des différends faudrait-il expliquer, et, surtout, justifier le raisonnement mené, dans la mise en œuvre du standard de proportionnalité ?

La proportionnalité est un standard juridique qui contribue au droit international économique de différentes manières. D'une part, dans l'interprétation et la justification des décisions juridictionnelles. En fait, puisque sa mise en œuvre se limite à la qualification juridique des faits, au milieu de l'appréciation factuelle et juridique de la décision étatique, le standard de proportionnalité permet de contrôler la légalité et la normalité du comportement étatique. Avec l'utilisation du standard de proportionnalité, les comportements abusifs, arbitraires et excessifs peuvent être contrôlés. En fait, c'est un instrument qui peut améliorer la cohérence de l'argumentation juridictionnelle.

D'autre part, il participe aux envies d'harmonisation, d'interaction et d'intégration avec le droit interne et international. Au même temps, le droit international économique a aussi contribué aux questionnements autour du principe de proportionnalité. D'une part, il confirme son rôle impartial dans le règlement des différends juridictionnels. En effet, le contrôle de proportionnalité a permis le règlement des différends sans avoir tendance à favoriser les relations économiques internationales. En d'autres termes, dans certains cas, il a protégé les droits commerciaux et d'investissements internationaux et, dans d'autres, les objectifs publics légitimes et, par conséquent, le pouvoir réglementaire des États. Bref, l'utilisation du standard de proportionnalité, au milieu de la classification juridique des faits, nous montre une version dans laquelle la technique de contrôle de légalité se concilie avec la technique de pondération plus ouverte.

Espérons qu'avec l'application des règles conventionnelles récentes, contenant le principe et le standard de proportionnalité, les organes juridictionnels de règlement des différends continueront à son développement dans le droit international économique. Ainsi, les différentes réflexions sur le principe de proportionnalité dans ce domaine du droit international nous mènent à la même voie : le principe de proportionnalité est un standard juridique polyédrique avec un potentiel d'évolution dans le droit international économique.

ANEXO

RESUMEN DE LA TESIS EN FRANCÉS

Membre de l'université Paris Lumières
École Doctorale 141 - Droit et science politique.

Facultad de Derecho.
Departamento de Derecho público y
Ciencias histórico-jurídicas

Lina Marcela Reyes Sarmiento

Le principe de proportionnalité dans le droit international économique

Thèse présentée et soutenue publiquement le **15/02/2021** en vue de l'obtention du doctorat de Droit public de l'Université Paris Nanterre sous la direction de Mathias FORTEAU (Université Paris Nanterre) et de Mme Marta FRANCH I SAGUER (co-directrice)

Jury :

Rapporteur :	M. Josep BARBERÀ	Professeur de droit administratif à l'Université « Pompeu Fabra »
Rapporteur :	M. Juan Carlos PELAEZ	Professeur de droit administratif à l'Université « Externado de Colombia »
Membre du jury :	M. Mathias FORTEAU	Professeur de droit public à l'Université Paris Nanterre
Membre du jury :	Mme. Marta FRANCH	Professeur de droit administratif à l'Université Autonome de Barcelone
Membre du jury :	Mme. Hélène TIGROUDJA	Professeur de droit public à l'Université Aix-Marseille

Sommaire

Introduction

Première partie - Les contours de la proportionnalité

Titre I - L'inexistence d'un statut juridique satisfaisant

Chapitre 1. Les limites dans la qualification d'un principe général de proportionnalité

Chapitre 2. Les limites dans la consolidation d'une source juridique autonome

Conclusions du Titre I

Titre II - L'existence d'une notion juridique à géométrie variable

Chapitre 3. La proportionnalité en tant que notion juridique explicite

Chapitre 4. La proportionnalité en tant que notion juridique implicite

Conclusions de la Première partie

Deuxième partie - La mise en œuvre de la proportionnalité

Titre III - L'intensité du contrôle de proportionnalité dans le règlement des différends

Chapitre 5. Les niveaux d'intensité dans le règlement des différends à l'OMC

Chapitre 6. Les niveaux d'intensité dans l'arbitrage international d'investissement avec l'État

Conclusions du Titre III

Titre IV - Les fonctions de proportionnalité dans le droit international économique

Chapitre 7. Les fonctions techniques dans le raisonnement juridictionnel

Chapitre 8. Les fonctions systémiques dans le droit économique international

Conclusions générales

Introduction

Le 8 janvier 2020, le Japon et le Maroc ont signé un traité bilatéral d'investissement¹⁷⁴² dont l'annexe stipule que, afin de déterminer si une mesure étatique constitue une expropriation indirecte, il faut tenir en compte “*the character of the measure or series of measures, including the duration of such measure, whether such measure is non-discriminatory and whether such measure is disproportionate with regard to the public ‘interest purpose’*”¹⁷⁴³”.

La référence expresse à la proportionnalité et / ou à la disproportion des mesures étatiques, dans les accords et traités récents sur le commerce et l'investissement internationaux, est de plus en plus fréquente. Cependant, peu d'études analysent l'application récente du principe de proportionnalité dans le droit économique international. Afin d'entreprendre une étude à cet égard, un cadre spatial et temporel spécifique est nécessaire.

I. La délimitation du sujet

Le droit international économique, ci-après -DIE-, en tant que « regroupement au deuxième degré de matières régies par le droit international ‘classique’¹⁷⁴⁴ », régit la complexité et l'évolution constante des relations économiques internationales. Ce domaine du droit international a pour objet de « fournir un cadre de réglementation à l'intérieur de l'intérieur qui seront canalisés les phénomènes internationaux de caractère macro-économique¹⁷⁴⁵ ». Cependant, en raison des caractéristiques du droit économique international et du principe de proportionnalité, il est nécessaire de garder à l'esprit les limites spatiales (a) et temporelles (b) du sujet.

¹⁷⁴² Traité de promotion et de protection des investissements, signé le 8 janvier 2020 entre le Royaume du Maroc et le Japon. Disponible sur: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5908/download>

¹⁷⁴³ Voir le paragraphe 3 c) du “Annex referred to in Article 9. Expropriation and Compensation”. p. 17.

¹⁷⁴⁴ DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public*, L.G.D.J. 8^{ème} édition, Paris, 2009, 1722 p., p. 1150.

¹⁷⁴⁵ JUILLARD, Patrick « Les Nations Unies et l'élaboration du droit international économique, Rapport introductif », in *Les Nations Unies et le droit international économique*, Colloque de la Société de Droit International, Paris, Pedone, 1986, vii, 383 p., p. 10.

a. Les limites *ratione loci*

D'un point de vue analytique, la DIE régule les relations internationales en matière de commerce, d'investissement et de relations financières. Cependant, le principe de proportionnalité n'est pas encore reconnu dans la pratique de supervision et d'assistance technique déployée par les organisations internationales appartenant aux systèmes monétaires, bancaires et financiers internationaux. De même, ces dispositifs sont développés dans le cadre de la prévention et ne font pas l'objet d'un contrôle judiciaire spécifique au niveau international. Ainsi, une étude approfondie du principe de proportionnalité limite l'analyse aux domaines qui ont un système juridictionnel, c'est-à-dire le droit du commerce international et des investissements.

En ce qui concerne le droit international économique au niveau régional, le principe de proportionnalité a fait l'objet des rares apparitions dans les systèmes régionaux OHADA, MERCOSUR ainsi que dans les différentes associations économiques du continent asiatique, tels que ASEAN, SAARC ou bien APEC. Au contraire, dans le droit européen (droit de l'Union Européenne ainsi que droit de la Convention Européenne des droits de l'homme), plusieurs études doctrinales se sont consacrées à la matière¹⁷⁴⁶. Vu que, au niveau universel, particulièrement dans le droit de l'OMC et des investissements internationaux, le principe de proportionnalité a été appliquée dans la pratique décisionnel et les règles conventionnelles récentes, mais le sujet n'est pas complètement exploré au niveau doctrinal, nous avons concentré l'étude sur ce champ spécifique, sans exclure les références au droit régional, dans les cas où cela résulte pertinent ou nécessaire.

En effet, le principe de proportionnalité peut être reconnu dans les différents sources du droit international économique, cependant ce sont les décisions juridictionnelles qui nous permettent de comprendre les différents aspects de forme et contenu du principe de proportionnalité. Alors, il faut tenir en compte les particularités du système de solution des différends dans l'OMC ainsi que les caractéristiques plus importantes de l'arbitrage international des investissements avec l'État.

¹⁷⁴⁶ La littérature est assez prominente sur ce sujet. Du même, nous trouvons plus de 50 thèses doctorales soutenues à cet égard. Information disponible sur la base de données : www.lathèse.fr.

En ce qui concerne la solution de différends à l'OMC, il a passé d'être un système basé dans la diplomatie au règlement grâce à deux instances, ainsi que la participation des arbitres, dans les cas nécessaires. En fait, le système de règlement des différends de l'Organe de Règlement des Différends-ORD- est devenu aujourd'hui un mécanisme largement utilisé par les Membres de l'OMC et les rapports ont acquis une importance particulière au sein des sources du droit de l'OMC. Il convient de noter qu'une partie de la doctrine a présenté les principales critiques qui continuent d'être formulées, tant sur le fonctionnement de l'OMC que sur son système de règlement des différends. D'une part, l'incapacité à remplir le rôle principal de l'aide au développement mondial et de l'élimination de la pauvreté est critiquée. En revanche, des ONG et une partie de la société civile ont déposé des plaintes concernant la transparence des actions de l'OMC. Enfin, les critiques concernant la légitimité de l'OMC. Qu'il s'agisse d'arbitrage ou de décisions judiciaires, les rapports de l'ORD sont conformes aux caractéristiques d'une décision juridictionnelle, puisque l'organe international qui la délivre aux pouvoirs délégués par les Membres. Conformément à ce qui précède, il a l'intention de mettre fin définitivement à un conflit, ils peuvent être soumis à un contrôle en deuxième instance, et en cas de non-respect, il existe des mécanismes pour garantir l'efficacité des observations et décisions contenues dans le rapport de l'ORD.

Concernant l'arbitrage d'investissement international avec l'État, il présente une autre évolution et des caractéristiques particulières. En effet, les litiges entre l'investisseur et l'État peuvent être résolus par des méthodes alternatives, telles que la négociation directe, la médiation et la conciliation, il y a aussi une résolution juridictionnelle, c'est-à-dire des procès devant les tribunaux nationaux et l'arbitrage international. Du même, l'arbitrage international des investissements avec l'État a été considéré comme le moyen optimal de résoudre les différends entre investisseurs et États, car il s'agit d'une procédure rapide, économique et flexible. Bien que le système d'arbitrage se soit rapidement développé, les prises de position sont assez différentes. En fait, les tribunaux d'arbitrage sont autorisés à examiner le comportement de l'État, avec des approches divergentes. Également, la loi applicable peut varier d'un cas à l'autre, entre le droit national et le droit international. De même, des condamnations importantes ont été émises contre les États hôtes, ce qui va à l'encontre de la déférence due au pouvoir réglementaire des États. Tout ce qui précède a causé une gêne et des inquiétudes doctrinales concernant la légitimité des arbitres internationaux à contrôler les décisions prises sous le pouvoir réglementaire des États.

Selon ce qui précède, l'arbitrage international des investissements a une évolution, un régime et des caractéristiques particuliers qui le différencient du système de règlement des différends avec l'OMC. Ainsi, au lieu d'une étude comparative, il serait plus intéressant d'étudier le sujet en tenant compte de la spécialité de chaque système de règlement des différends. De même, de ce qui précède, il s'ensuit que les États ont donné leur consentement pour que l'ORD et les tribunaux d'arbitrage international d'investissements avec l'État- TAIIIE- se prononcent sur le fond du règlement des différends avec d'autres sujets de droit international. Ensuite, aux fins de cette enquête, nous les considérerons comme des organes juridictionnels et les déclarations, par lesquelles le différend est résolu en substance, seront considérées comme des décisions juridictionnelles. Une étude complète et actualisée du principe de proportionnalité dans le règlement des différends de l'ORD et de TAIIIE nécessitera alors un délai spécifique.

b. Les limites *ratione temporis*

Vu que l'étude se concentrera sur le règlement des différends entre l'État et les autres sujets du droit international économique, seules les décisions prises à partir de l'année 2014 ont été prises en compte¹⁷⁴⁷. Cette délimitation se justifie par deux séries d'explications. D'une part, en raison de la nécessité d'une étude précise sur le principe de proportionnalité. Contrairement à ce qui se passe avec les règles conventionnelles, les décisions juridictionnelles concernant la proportionnalité peuvent varier d'un cas d'espèce à l'autre. De sorte que, la délimitation de l'étude à un calendrier précis nous permettra de faire des démonstrations concrètes sur les différents enjeux autour du principe de proportionnalité.

D'autre part, en raison de la nécessité d'une étude actuelle sur le sujet. En effet, les analyses sur le principe de proportionnalité dans le DIE se sont généralement concentrées sur les délais dans lesquels une reconnaissance expresse de ce principe a été obtenue, sans tenir compte de la pratique conventionnelle et décisionnelle la plus récente. Bien qu'une étude puisse être menée avant 2014, le nombre de décisions prises au cours des cinq dernières an-

¹⁷⁴⁷ Afin de maintenir l'étude à jour, les décisions prises jusqu'en octobre 2020 ont également été incluses.

nées¹⁷⁴⁸ rendent compte d'un contexte juridique suffisamment large pour répondre aux objectifs de cette recherche.

Avec la délimitation du sujet précité, cette thèse entend ainsi étudier le régime juridique actuel du principe de proportionnalité qui détermine, à la fois, sa nature juridique, son contenu, sa portée et ses fonctions dans le DIE. À ce stade, il convient de se demander : qu'est-ce le principe de proportionnalité ? Les innombrables débats autour de la définition de ce principe rendent nécessaires les clarifications conceptuelles suivantes.

II. La définition du principe de proportionnalité

En termes généraux, la proportionnalité est définie comme la conformité ou proportion de certaines parties avec le tout ou des choses liées entre elles, de sorte qu'elle reflète un élément de corrélation entre deux ou plusieurs variables et la nécessaire comparaison et correspondance entre elles. En droit, la proportionnalité renvoie aux notions de 'modération', de « pondération des intérêts », ainsi que, d'équité et du 'caractère raisonnable'.

Depuis son apparition dans les écrits d'Aristote, la proportionnalité est une notion présente au cœur de la philosophie et de la doctrine occidentale. Sa proximité avec la conception du droit naturel du droit n'a pas empêché sa reconnaissance dans les systèmes juridiques positivistes du monde entier.

Actuellement, le principe de proportionnalité est présenté comme un « caméléon juridique¹⁷⁴⁹ ». En effet, l'existence d'un « principe » juridique, de « contrôle », de « technique »

¹⁷⁴⁸ Entre l'année 2014 et le mois d'octobre 2020, plus de cent cinquante-trois décisions ont été rendues dans le système de règlement des différends de l'OMC. C'est-à-dire, ce chiffre concerne les rapports publiés par le groupe spécial et l'organe d'appel de l'OMC, qui ont entendu la question sur le fond et *prima facie*, ainsi que ceux publiés en réponse à l'appel figurant à l'article 21.5 du Mémoire d'accord. De même, nous avons inclus les sentences arbitrales rendues conformément au paragraphe 3 c) de l'article 21 et le paragraphe 6 de l'article 22 du Mémoire d'accord, ainsi que les rapports *addendum* et rapports de correction avec une incidence sur le fond de la dispute. Concernant l'arbitrage international d'investissement avec l'État, entre 2014 et le mois d'octobre 2020, plus de deux cent quarante sentences arbitrales ont été rendues, y compris des décisions d'interprétation, de rectification et d'annulation, rendues par les différents TAIIE.

¹⁷⁴⁹ MUZNY, Petr, La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique, Thèse de doctorat en droit public, soutenue à l'Université Montpellier 1, 2004, 734 p., p. 140.

ou de « standard » de proportionnalité, est généralement identifiée¹⁷⁵⁰. Cependant, la proportionnalité fait partie des notions juridiques. Pour certains, le principe est assimilé à une mise en balance, une pondération ou une conciliation entre droits et intérêts conflictuels. Pour d'autres, le principe de proportionnalité est assimilé au principe d'efficacité économique car, il permet d'analyser les coûts-bénéfices des décisions par rapport aux réglementations nationales. En fait, il n'existe pas de principe de proportionnalité plus, « tout au plus, des versions de ce principe, ce qui nécessite un contexte culturel spécifique¹⁷⁵¹ ». Ce qui précède est évident à la fois en droit public interne et en droit international.

III. L'intérêt de l'étude

Les questions relatives aux principes juridiques sont actuellement attrayantes pour le droit international, en particulier en termes de principes du droit interne qui sont appliqués en droit international, comme la proportionnalité. En fait, le récent rapport du CDI reflète les vastes débats hautement théoriques concernant l'identification, les origines, la nature juridique et les fonctions des principes généraux du droit, découlant soit de la coutume internationale, soit de ceux établis à l'article 38, paragraphe 1, littéral c), du statut de la CIJ. De la même manière, le dynamisme constant des relations économiques internationales continue d'attirer l'attention de la doctrine, au regard des sources juridiques qui les régissent. En effet, dans le droit de l'OMC et les investissements internationaux avec l'État, la *lex generalis* est utilisée, de plus en plus fréquemment, tant au niveau conventionnel qu'en matière de règlement des différends. Dans ce dernier cas, malgré les limites imposées par le raisonnement logique-déductif, l'OSD et le TAIE font face à des lacunes et / ou des incohérences dans les règles conventionnelles. Afin d'éviter un « non liquet », ils utilisent des règles d'autres domaines du droit, tels que les principes juridiques de la coutume internationale et / ou les principes généraux du droit, reconnus par l'article 38, paragraphe 1, littéral c) du statut CIJ.

De même, au niveau doctrinal, les quelques études sur le principe de proportionnalité dans le DIE présentent, dans la plupart des cas, une analyse distincte, c'est-à-dire soit l'étude

¹⁷⁵⁰ GALETTA Diana, « Le principe de proportionnalité », in AUBY Jean-Bernard, & DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 2e édition, « Collection Droit administratif » pp. 501-526, p. 501

¹⁷⁵¹ MARZAL YETANO, Antonio. «La dynamique du principe de proportionnalité : Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne». Thèse de droit international public soutenu le 7 octobre 2013 à l'Université Paris I, sous la direction de Horatia MUIR WATT, 547 p. 30.

du principe de proportionnalité en droit de l'OMC, soit, dans le droit des investissements internationaux avec l'État. De même, les auteurs présentent deux positions différentes sur le sujet. Pour certains, le principe de proportionnalité n'a pas été consolidé en tant que principe général, applicable dans le DIE. En fait, en raison de la reconnaissance conventionnelle quasi nulle du principe et des quelques décisions juridictionnelles qui reconnaissent textuellement le principe de proportionnalité, il n'est pas possible de considérer le bien-fondé de ce principe dans ce domaine du droit international. En outre, lorsque l'on compare le principe de proportionnalité, développé en droit public interne et dans la jurisprudence des hautes juridictions européennes, avec l'application dans le droit de l'OMC et les investissements internationaux avec l'État, les problèmes liés à son existence, son contenu et sa portée.

Pour d'autres auteurs, le principe de proportionnalité est un principe général existant dans le droit de l'OMC et des investissements internationaux, et en vertu de la généralité de sa reconnaissance, ainsi que des fonctions qu'il remplit en droit public national et international, il devrait avoir un développement supplémentaire dans le DIE.

Les approches doctrinales précédentes présentent des vues limitées sur le sujet, pour diverses raisons. En premier lieu, les analyses du principe de proportionnalité dans le DIE ne rendent pas compte de la situation actuelle en la matière, notamment ces cinq dernières années. Deuxièmement, ils n'ont pas une approche complète et approfondie de la question, puisqu'ils partent du développement que la proportionnalité a eu dans d'autres domaines juridiques, pour analyser plus tard la pratique du droit de l'OMC et les investissements internationaux avec l'État, sans prendre en compte ni les caractéristiques du DIE, ni le caractère protéiforme du principe de proportionnalité. Troisièmement, l'application juridictionnelle de la proportionnalité a été reconnue dans le DIE, sans que son statut juridique soit clair, c'est-à-dire s'il s'agit d'un principe général « de » droit ou d'un principe général « de » droit. Quatrièmement, l'étude de la proportionnalité a été limitée aux occurrences explicites de termes, tels que 'proportionnalité', 'proportionnelle' ou 'disproportionnée' sans englober, dans la mesure du possible, une notion juridique susceptible de traduire que concept juridique. Enfin, l'analyse des niveaux d'intensité en droit économique international a été abordée superficiellement.

Or, l'étude proposée, dans cette thèse, fait l'objet de certaines clarifications méthodologiques. En fait, l'étude du régime juridique du principe de proportionnalité implique de placer la question au sein du DIE. En vertu des quelques analyses récentes, et compte tenu des con-

naissances préalables en droit administratif, une première approche, issue du positivisme juridique et du dogmatisme, permettra de clarifier les particularités que le principe de proportionnalité présente actuellement dans le DIE. De même, en raison du lien inexorable entre le droit de l'OMC et le droit international des investissements avec l'État, une analyse transversale, au lieu d'une étude comparative, contribuerait à une compréhension systématique du sujet.

IV. Problématique, hypothèse et plan

Compte tenu de toutes les clarifications apportées jusqu'à présent, il convient de se demander ¿Quel est le régime juridique actuel du principe de proportionnalité ? ¿Quelle est sa nature juridique, son contenu, sa portée et ses fonctions ? Nous pouvons affirmer que la proportionnalité est actuellement un standard juridique polyédrique dans le droit économique international. En fait, la proportionnalité se manifeste à la fois comme une notion, un standard 'et' 'ou' un principe de droit international. Cette affirmation nécessite d'être clarifié et pour cela, il faut se concentrer sur la relation entre, d'une part, les notions et standards du droit international (a) et, d'autre part, les standards et principes juridiques (b).

a. Les notions et les standards juridiques

En droit international, on retrouve certaines caractéristiques communes entre la notion et le standard. D'une part, tant le standard que la notion juridique ont une grande souplesse dans leur application. D'autre part, les deux peuvent être définis à travers différents critères, par exemple, des critères politiques, sociaux ou économiques. Cependant, pour qu'une notion puisse être qualifiée de standard juridique, en droit international, elle doit répondre à certaines exigences. La première, qui est la plus évidente, c'est sa reconnaissance explicite comme un standard dans la pratique juridictionnelle ou dans la coutume internationale. Par exemple, dans le cas du traitement juste et équitable, les tribunaux internationaux d'arbitrage des investissements avec l'État font expressément référence au standard. La deuxième exigence concerne la notion juridique, c'est-à-dire, la notion sera qualifiée de standard, si elle mesure une situation spécifique en termes de réglementation et, ou, de normalité. En effet, « il est une espèce particulière de règle de droit qui traduit la normativité en termes de normalité ; normalité quant à ce qui est (standard-mesure) et normalisation quant à ce devrait être (standard-tracé). Il examine au passage la place du juge dans l'objectivation du contenu normatif du

standard-mesure ¹⁷⁵²». Enfin, le standard doit être contenu dans une règle juridique, soit introduite par la coutume, comme dans le cas du standard de la bonne foi, soit contenu dans des traités internationaux sur le commerce et l'investissement international, comme le standard de la nation la moins favorisée. Il faut ajouter que, malgré les difficultés à trouver une définition généralisée des standards, il est possible de constater que, « derrière l'idée du standard, il y a bel et bien cette idée d'étalon de mesure des comportements dits normaux et d'homogénéisation des actes des sujets de droit¹⁷⁵³ ». Bien que les standards et les principes juridiques soient des notions juridiques indéterminées, ce sont des concepts différents.

b. Les standards et les principes juridiques

Les principes et les standards sont des notions juridiques à caractère normatif et avec une grande flexibilité. Ce n'est que par voie de l'application dans le cas spécifique qu'ils acquièrent un contenu spécifique. Les principes généraux du droit, à la lumière de l'article 38, paragraphe 1, c) du Statut CIJ, permettent de compléter l'ordre juridique, en fait, en cas de lacune, ils peuvent, par analogie, être appliqués à un cas particulier, dont aucune règle ne sert pas de base pour prendre une décision. C'est-à-dire qu'elles s'appliquent directement, en tant que source juridique autonome. Au lieu de cela, les standards juridiques sont des notions intégrées dans les règles conventionnelles. En fait, « la formulation des standards dans les règles de droit s'effectue au moyen de termes ou d'expressions dans le langage courant et sur les juristes attachés un sens particulier ». De même, ils peuvent être présents sous la forme de notions ou de principes issus de la coutume internationale, c'est-à-dire qu'ils apparaissent dans l'énoncé de la source normative et en dépendent. Ainsi, les standards ne sont pas une source juridique autonome, comme c'est le cas avec les principes généraux de droit. Ce qui précède n'empêche pas qu'une notion soit à la fois un standard juridique et un principe général dans le droit international.

La proportionnalité est un standard qui peut être qualifiée de principe général 'du' droit international ou de principe général 'de' droit, à la lumière du paragraphe 1 de l'article 38, littéral c) du Statut de la CIJ. En d'autres termes, il n'a pas actuellement un statut juridique satisfai-

¹⁷⁵² LAGELLE Anaïs, « Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale. Thèse du doctorat en Droit, soutenue à l'Université Nice-Sophia-Antipolis, 2012, 468 p., p. 29.

¹⁷⁵³ OUEDRAOGO Awalou. « Standard et standardisation : la normativité variable en droit international » in *Revue Québécoise de droit international*, vol. 26, no. 1, 2013. pp. 155-186, p. 186.

sant. De même, il se manifeste explicitement et implicitement et il a un contenu variable. Malgré cela, le standard du contrôle de proportionnalité est appliqué dans par l'ORD de l'OMC et dans l'arbitrage international d'investissement avec l'État, avec différents niveaux d'intensité, ainsi que, il remplit actuellement diverses fonctions dans le droit international économique.

Pour le démontrer, nous aborderons d'abord les limites conceptuelles du principe de proportionnalité dans le DIE (première partie). Après, nous nous intéresserons à la mise en œuvre de cette notion juridique, dans le droit de l'OMC et dans le droit international des investissements avec l'État (deuxième partie).

Chapitre 1. Les limites dans la qualification d'un principe général de proportionnalité

Les principes juridiques permettent la résolution des conflits, en cas de lacunes juridiques. Cependant, cette source juridique a fait l'objet de débats doctrinaux en droit public. En droit international public, différents principes généraux ont été reconnus et développés, cependant, ni la jurisprudence ni la doctrine ont de certitude quant à la méthodologie appropriée pour qualifier les principes juridiques. En fait, bien qu'une partie de la doctrine a distingué les principes généraux 'de' droit, des principes généraux 'du' droit international, il n'y a pas assez de clarté pratique à cet égard. Pour CARREAU, « les juges et arbitres internationaux se contentent, le plus souvent, l'affirmer ou de refuser l'existence d'un principe général de droit sans s'efforcer de justifier leur démarche intellectuelle¹⁷⁵⁴ ».

En ce qui concerne le principe de proportionnalité, son expansion généralisée dans le droit public interne est indéniable, au même temps, dans le système juridique de droit continental que dans la *common law*, à travers le contrôle du raisonnable. Cette reconnaissance a été faite, soit en tant que principe général du droit, inclus dans les normes constitutionnelles ou légales, soit en tant que standard de contrôle, reconnue par les juges constitutionnels et les juges administratifs, dans l'analyse des mesures étatiques. En droit international public, la proportionnalité est reconnue comme un principe qui s'applique dans des différents contextes juridiques, tels que, le droit de la responsabilité pour le fait illicite, le droit international humanitaire, le droit maritime, et de la fonction public. La variété des domaines d'application de la proportionnalité, soit en tant que principe découlant du droit interne, soit en tant que principe provenant de la coutume du droit international, nous donne un aperçu de son caractère général et, donc, de sa valeur pour le droit publique.

Dans le droit international économique, le développement du principe de proportionnalité dans le droit régional européen et dans le droit des contre-mesures internationales a incité les tribunaux à reconnaître expressément un « principe » juridique. Cependant, outre les motifs ci-dessus, les TAIIE peuvent également recourir au droit interne de l'État hôte dans le dif-

¹⁷⁵⁴CARREAU Dominique & MARRELLA Fabrizio, « Les principes généraux du droit », in *Droit international*, Paris, Pedone, 2012, 11e édition, p. 328, p. 336.

férend, en reconnaissance du principe de proportionnalité qui sera appliqué dans le règlement du différend.

Ce ne sont pas les seules manifestations expresses du « principe » de proportionnalité dans le droit économique international. Dans les décisions récentes, on constate que, dans le domaine de l'arbitrage international des investissements avec l'État, les tribunaux ont rejeté l'analyse du principe de proportionnalité allégué par l'une des parties au différend. En revanche, de manière originale, un test de proportionnalité a été mis en œuvre à partir duquel les arbitres ont étudié l'origine de l'objection due à l'incompétence, pour connaître le litige spécifique.

Cependant, plusieurs doutes demeurent non résolus. La reconnaissance de la proportionnalité en tant que « principe général » en droit économique international est tout à fait discutable. D'une part, il n'y a pas d'utilisation fréquente et généralisée du principe de proportionnalité, dans le large éventail de rapports de l'ORD de l'OMC ou dans les sentences arbitrales internationales en matière d'investissement avec l'État, comme c'est le cas du droit interne et international. Même avec le droit international. En revanche, dans les quelques décisions dans lesquelles le « principe » de proportionnalité a été appliqué, différentes bases ou origines sont utilisées. Soit le droit public interne, soit le droit international, soit la création d'un test de proportionnalité lui-même. De manière que, on ne peut affirmer fermement qu'il s'agit d'un principe général dont l'origine est exclusivement le droit international. Nous ne pouvons pas non plus affirmer que nous avons affaire à un principe général « de droit », à la lumière de l'article 38, paragraphe 1, littéral c) du statut CIJ. Cette situation n'est pas exclusive aux décisions juridictionnelles en matière économique. En fait, « Les juridictions internationales ont pris l'habitude, lorsqu'elles appliquent un DPI du pays qui doit être de ceux qui sont prévus par l'article 38 du Statut de la CIJ¹⁷⁵⁵ ». En effet, conformément à ce qui précède, les tribunaux nous montrent les différentes origines ou provenances du principe de proportionnalité dans le droit international économique.

Ainsi, bien que la proportionnalité puisse être qualifiée de principe juridique expressément reconnu dans le règlement des différends à l'OMC et des investissements internationaux avec l'État, le statut de principe général est toujours déficient et la qualification de principe

¹⁷⁵⁵DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public*, L.G.D.J. 8ème édition, Paris, 2009, p. 384, p.385.

général « de » droit trouve des limites dans la pratique décisionnelle récente. En essayant de définir sa nature juridique, bien que son origine puisse être variée, comme nous le verrons dans le chapitre suivant, le principe de proportionnalité est une norme juridique de contrôle, acceptée dans la coutume du droit économique international et avec un potentiel d'évolution, vers un statut juridique plus satisfaisant, compte tenu de sa récente reconnaissance dans les règles conventionnelles du commerce international et de l'investissement avec l'État.

Chapitre 2. Les limites dans la consolidation d'une source juridique autonome

Le principe de proportionnalité existe dans le droit international économique, mais jusqu'au présent, sa reconnaissance est précaire. Pour une partie de la doctrine, la proportionnalité ne doit pas être appliquée dans le cadre juridique de l'OMC et des investissements internationaux avec l'État. De même, compte tenu des possibilités de se prononcer explicitement sur le « principe » de proportionnalité, dans le cas d'espèce, les organisations chargées du règlement des litiges ont choisi de ne pas l'inclure dans leur raisonnement. Bien qu'il s'agisse d'une option légale et légitime, le silence de l'ORD et du TAIIE ne contribue pas à la consolidation de la proportionnalité, en tant que principe général du droit international économique.

Au lieu d'une source juridique autonome, la proportionnalité est actuellement présente, dans les règles conventionnelles et dans certaines décisions juridictionnelles, en tant que standard juridique de contrôle. Pour Xavier PHILLIPE : « *Le contrôle de proportionnalité de décompose en deux axes : le contrôle de la proportionnalité (proportionnalité normative)", elle "est imposée au juge et se trouve contenant dans l'obligation requise par une norme", et interprétative ou technique de contrôle)* », « *dégagée ou créée par le juge pour lui permettre d'exercer son contrôle*¹⁷⁵⁶ ».

En effet, les décisions récentes de l'ORD et du TAIIE montrent l'existence d'une jurisprudence constante sur le critère de proportionnalité, ce qui permet de consolider l'existence d'un standard de proportionnalité juridique. Ainsi, la proportionnalité ne semble pas avoir besoin de l'appui d'un principe général pour exister et se développer dans le droit international économique.

De même, l'inclusion de la proportionnalité, dans les traités et les accords internationaux récents, nous montre son caractère évolutif, en espérant que sa reconnaissance dans les règles conventionnelles conduira à une application future plus fréquente.

Ainsi, le principe de proportionnalité n'est pas encore solide. En fait, il n'agit pas comme une source juridique autonome. De même, la reconnaissance du standard de propor-

¹⁷⁵⁶PHILLIPE Xavier, «Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères: exemple du contentieux constitutionnel»; Rapport au colloque «Les chiffres du contrôle de la proportionnalité», organisé par la Faculté de droit et de science politique, Université «Paul Cézanne» Aix-Marseille III les 4 et 5 juin 2007; pp: 20-40, p. 27.

tionnalité dans les sources du droit international économique est assez récente. Cependant, son acceptation dans des autres sources juridique, amène à la proportionnalité à participer dans la construction juridique, à la fois d'une jurisprudence constante et d'un mandat d'application future.

Chapitre 3. La proportionnalité en tant que notion juridique explicite

Dans le droit international économique, la proportionnalité est une norme qui a été expressément appliquée, dans une perspective négative et positive. Il est vrai que les deux types de proportionnalité (positive et négative) règlent certaines matières en commun et, donc, nous pouvons trouver une similitude dans les deux perspectives de la proportionnalité, cependant, elles présentent également des nuances différentes dans la régulation des relations économiques internationales. Ensuite, la division entre proportionnalité positive et négative nous permet d'aborder les différents éléments qui composent le contenu du standard juridique de proportionnalité.

En effet, la proportionnalité négative se manifeste, de manière explicite, à la fois dans le droit du commerce international que, dans la réglementation des investissements internationaux avec l'État. En matière de commerce international, la disproportion est une notion autonome, présente dans les dispositions conventionnelles et dans les décisions juridictionnelles, avec un double caractère, c'est à la fois, une notion quantitative et qualitative. La disproportion est quantitative, dans les cas où l'ORD analyse le déséquilibre économique dans les subventions, les droits compensatoires et les contre-mesures commerciales. En outre, concernant la protection des droits de propriété intellectuelle, la proportionnalité quantitative se trouve lors de l'étude du poids de l'infraction, par rapport au poids des effets négatifs de la sanction.

Autant que, la disproportion est qualitative, dans les cas où la relation entre la mesure restrictive pour le commerce et l'objectif poursuivi est étudiée. Par exemple, dans les rapports qui analysent la violation du littéral g), de l'article XX du GATT et du paragraphe 1, article 2 de l'Accord sur les Obstacles Techniques au Commerce -AOTC-. De même, la disproportion est un concept lié à d'autres standards juridiques, telles que les retards injustifiés, conformément aux dispositions du paragraphe 1 a) de l'annexe C de l'Accord sur les Mesures Sanitaires et phytosanitaires- AMSPS.

Concernant les investissements internationaux avec l'État, proportionnalité négative, ou disproportion, fait partie des règles conventionnelles récentes qui fixent les conditions pour qu'une mesure soit considérée comme une expropriation indirecte. La disproportion s'analyse

au regard des objectifs publics poursuivis par l'État, c'est-à-dire que, si une mesure est d'expropriation indirecte, mais poursuive un objectif public légitime, elle n'est pas considérée comme disproportionnée et, donc, ne donne pas lieu à une réparation. Bien que, la disproportion peut être appliquée comme un concept autonome, la jurisprudence récente des TAIIE nous montre que la proportionnalité négative, ou disproportion, peut accompagner d'autres notions et concepts voisins comme s'il s'agissait de l'analyse d'un même principe ou standard juridique. Aussi, on retrouve la référence explicite au test de proportionnalité développé par la CEDH et la pondération ou, « *balancing* », au milieu de l'analyse du standard d'arbitraire.

Dans une perspective positive, le concept autonome de proportionnalité s'applique, dans le droit de l'OMC, en faisant référence à l'équivalence quantitative et qualitative. Nous constatons que la proportionnalité est reconnue, dans les règles conventionnelles récentes, parallèlement à d'autres normes juridiques, concernant les sauvegardes commerciales et les obstacles techniques au commerce. L'application de chaque standard peut varier, alors le contenu spécifique de la proportionnalité, dépendra du tribunal, qui apportera à l'interprétation juridique du standard dans le cas *sub judice*.

Dans le droit international des investissements avec l'État, la proportionnalité positive a été reconnu dans la jurisprudence récente du TAIIE, soit en faisant référence à des mesures proportionnelles, soit en faisant référence à la nécessité de peser ou de faire un 'équilibre' dans l'étude d'autres principes juridiques. De même, la notion de proportionnalité positive explicite est liée à d'autres standards tels que, la bonne foi, l'adéquation ou le caractère raisonnable de la mesure. Bref, l'interaction de la proportionnalité positive et négative avec d'autres standards et principes juridiques est si dynamique et difficile à encadrer dans un modèle unique que la notion de norme juridique de proportionnalité est similaire à une figure polyédrique.

La notion de standard de proportionnalité dans le droit international économique a, en effet, une géométrie variable. Cependant, il est possible de voir que, une approche négative de la proportionnalité comprend les limites des comportements inappropriés ou nuisibles. De la même façon, la proportionnalité positive, est proche à la notion de justice distributive, la modération et la justification des mesures étatiques, comme dans d'autres domaines du droit public.

Il convient de préciser que, bien que les règles conventionnelles nous montrent des éléments qui serviront de cadre pour déterminer le contenu, la proportionnalité positive et négative, trouvent un sens spécifique, basé sur l'interprétation juridictionnelle concernant des circonstances factuelles déterminées. En outre, le sens que les organes internationaux de règlement des différends peuvent lui donner n'est pas réduit à la littéralité du terme, mais d'autres critères d'interprétation de la norme conventionnelle peuvent être pris en compte, qui élargissent le contenu de la norme de proportionnalité. De plus, dans le développement du raisonnement juridictionnel, par l'ORD et les TAIE, nous pouvons trouver l'application d'un jugement de proportionnalité sans le dire ouvertement, de sorte que, le standard existe, et il est en constant mouvement.

Chapitre 4. La proportionnalité en tant que notion juridique implicite

La notion de proportionnalité implicite existe dans l'analyse de certaines dispositions des Accords de l'OMC. Selon les auteurs, il existe une notion négative de proportionnalité *stricto sensu*, dans l'analyse de l'arbitraire ou de l'abus du droit, évoquée par les paragraphes introductifs de l'article XX du GATT et XIV de l'AGCS. De même, par analogie avec les circonstances factuelles et juridiques dans lesquelles la proportionnalité expresse a été utilisée, nous avons un jugement de proportionnalité implicite bien, au milieu de la révision du littéral g) de l'article XX du GATT ou bien, dans l'étude du paragraphe 1), littéral a), Annexe C de l'AMSPS; dans l'étude d'impartialité de la mesure, ayant créé une distinction réglementaire aux exportations, comme l'exige l'article 2.1 de l'AOTC; au numéro 1, littéral c) de l'article 2 de l'Accord sur le Subventions et les Mesures Compensatoires -ASMC- et, dans la détermination du dommage causé par le *dumping*, conformément aux dispositions des articles 5.3 et 9.3 de l'Accord antidumping.

De même, on retrouve la notion implicite de proportionnalité positive, au milieu de l'étude de la nécessité de la mesure étatique, par rapport aux dispositions suivantes des Accords: littéral a, b, d et j de l'article XX du GATT; littéral c de l'article XIV de l'Accord Général sur le Commerce des Services-AGCS-; Article 2.2 de l'AOTC; Articles 2.2, 5.1 et 5.6 de l'AMSFS et, éventuellement, en ce qui concerne l'article 5: 1 de l'Accord sur les Sauvegardes Commerciales -ASC-. De même, selon la doctrine, un jugement implicite de proportionnalité positive pourrait être trouvé dans l'ASMC, en particulier, dans l'étude de la nature appropriée des contre-mesures, qui sont traitées dans les articles 4.10 et 4.11 et leurs notes de bas de page 9 et 10. Également, dans l'étude des mesures de rétorsion, envisagées à l'article 22.6 du Mé-morandum d'accord sur les règlements des différends -ESD-.

Dans le droit international des investissements avec l'État, la notion de proportionnalité implicite a également une perspective négative et positive. Elle est le produit d'une osmose conceptuelle avec d'autres principes ou standards juridiques. En effet, la notion de proportionnalité a été liée tant par la doctrine que, par la jurisprudence récente du TAIIE, d'une part, par rapport à des mesures abusives et, d'autre part, concernant les mesures arbitraires. Dans

d'autres termes, nous sommes confrontés à une vision négative de la proportionnalité car il s'agit de montrer le comportement désaligné de l'État à l'égard de l'investisseur ainsi que, servir de limite dans de futures situations similaires. Actuellement, Il est plus fréquent de trouver la proportionnalité négative implicite au milieu de l'analyse du standard de l'arbitraire que par rapport à l'abus du droit. De même, dans certains cas, il comprend l'étude de la finalité publique poursuivie, et surtout la déviation des motifs, de sorte que, sans le dire ouvertement, la relation entre les motifs et la finalité publique à atteindre est analysée, et par conséquent, un jugement sur la proportionnalité de la mesure est aussi rendu. On retrouve cette analyse dans l'étude de la norme d'arbitraire, c'est-à-dire qu'elle fait partie de la vision négative de la proportionnalité implicite. L'étude de la norme d'abus de droit et la norme d'arbitraire sont au milieu du contrôle vers du standard du traitement juste et équitable -TJE- et concernant l'expropriation indirecte. On retrouve également une perspective positive dans la notion de proportionnalité implicite, présente dans l'étude de l'adéquation et du caractère raisonnable du comportement de l'État, à l'égard des intérêts des investisseurs internationaux.

Pareillement que, dans la proportionnalité explicite, la proportionnalité implicite se développe à partir d'un sens quantitatif et qualitatif dans le droit de l'OMC. Alors que, dans le droit des investissements internationaux d'un sens uniquement. Le standard ou principe de proportionnalité est un concept juridique qui devrait être appliqué dans tout système de règlement des différends, car il est lié à l'idée de justice et de modération. Ainsi, dans les cas où elle se manifeste implicitement, il est nécessaire d'établir des limites conceptuelles qui permettent d'identifier la notion de proportionnalité lorsqu'elle est appliquée, comme standard de contrôle juridique, sans le dire ouvertement, ou sans utiliser le terme de manière textuelle.

Avec l'approche précédente du sujet, nous voulons montrer l'existence d'une notion implicite, à travers l'interaction, horizontale et verticale, de la proportionnalité avec d'autres principes ou standards juridiques, au même temps, dans une perspective négative et positive. Cependant, il est possible de trouver différentes approches lors de la recherche du contenu de proportionnalité implicite. Quoi qu'il en soit, le standard de proportionnalité est une notion juridique à contenu polyédrique. De même, la notion de disproportionné ou proportionné n'a pas besoin d'une expression textuelle pour que son contenu soit latent dans le discours doctrinal et jurisprudentiel.

De surcroît, l'existence d'une proportionnalité implicite ne signifie pas que nous sommes toujours sous un examen approfondi de la mesure étatique. Il faut aussi, analyser la portée du principe dans la pratique décisionnelle.

Chapitre 5. Les différents niveaux d'intensité dans le règlement des différends à l'OMC

L'analyse des niveaux d'intensité avec lesquels le contrôle juridictionnel des mesures étatiques est effectué ont été abordés des manières différentes, dans le droit public, national et international. Concernant, le droit de l'OMC, le contrôle juridictionnel de l'ORD est, en principe, respectueux de l'autonomie réglementaire des États et doit respecter le niveau de protection approprié que chaque État membre a choisi. Cependant, afin de trouver un équilibre entre les différentes obligations des Membres envers l'OMC, l'ORD peut entreprendre l'évaluation factuelle et juridique de la décision de l'État ou procéder, pour la première fois, à une évaluation des dispositions de la Accords-cadres. Dans ces cas, l'ORD jouit d'une marge d'appréciation juridictionnelle plus étendu.

Ceci est également observé dans l'application du standard de proportionnalité, car, actuellement, il existe une variété d'intensités dans le contrôle exercé dans le droit international économique. Bien que, nous ne trouvions pas des pondérations directes, c'est-à-dire l'application du principe de proportionnalité comme source directe et autonome dans la solution de la différence, la mise en œuvre du standard de proportionnalité, se fait au milieu du contrôle de légalité des Accords à l'OMC. En fait, la pratique récente de l'ORD nous montre que le critère de proportionnalité a été utilisé dans les contextes suivantes : dans l'étude des droits antidumping et des subventions spécifiques, dans le cadre de la suspension d'obligations, comme mesure de représailles, à la lumière de l'article 22.6 du Mémoire d'Accord ; dans le contrôle de certaines dispositions des Accords MSPS et OTC; et dans l'analyse des exceptions générales, envisagées à l'article XX du GATT et à l'article XIV de l'AGCS.

De même, les niveaux d'intensité avec lesquels la proportionnalité a été appliquée varient. En fait, l'évaluation des niveaux d'intensité du contrôle de proportionnalité est une tâche qui doit continuer à être réalisée, en raison de la variété des critères qui peuvent être pris en compte et, par conséquent, de la variété des résultats qu'il peut produire. En réalité, l'utilisation de la proportionnalité négative et la déclaration de conformité aux accords peuvent être un indicateur de faible intensité. Au contraire, l'analyse basée sur la proportionnalité positive et la déclaration de non-conformité sont des indicateurs d'un niveau plus étendu. De même,

les explications et justifications présentées dans la partie motivante permettent une évaluation plus précise du niveau d'intensité avec lequel le contrôle a été effectué, dans ce cas, de proportionnalité. Ainsi, dans les cas où la motivation n'est pas très détaillée, il n'est pas possible de remarquer l'intensité du contrôle de proportionnalité avec suffisamment de clarté, en particulier en ce qui concerne les questions dans lesquelles l'OSD a précédemment introduit la norme dans un implicite.

Cependant, il est possible de noter que, dans certains cas, nous sommes confrontés à un contrôle plus respectueux que dans d'autres. En d'autres termes, qu'elle soit correctement motivée ou non, la notion de proportionnalité est présente mais limitée à l'examen d'une mesure étatique qui a fait l'objet d'une enquête et de procédures préalables, de sorte que dans ces cas-là, le contrôle se rapproche au contrôle normal, suivant les niveaux d'intensité appliqués en droit public français. De même, dans d'autres cas, sans tenter d'augmenter ou de réduire les droits et obligations établis dans les accords-cadres, l'ORD procède à un examen plus approfondi, en particulier lorsqu'il doit analyser, pour la première fois, la conformité de la mesure étatique avec les dispositions des accords. Alors, les nuances dans les intensités du contrôle de proportionnalité sont évidentes, ce qui réaffirme le caractère concret du principe de proportionnalité. Pour ANDENAS & ZLEPTING:

“The intensity of review strongly impacts on the court's assessment of the compliance of the reviewed measure with the substantive treaty requirements. It is this matrix-type relationship between substantive and procedural standards which governs the application of the principle of proportionality and similar tests in the judicial process¹⁷⁵⁷”.

De sorte que, la proportionnalité permet d'évaluer jusqu'où le pouvoir de régulation d'un État peut aller, par rapport à d'autres États, dans ses relations commerciales internationales. Il est au milieu du processus d'interprétation des accords-cadres, et son application explicite est faite, dans la majorité du temps, dans l'analyse de la disproportion. Le standard de proportionnalité a acquis une place qui, bien qu'encore limitée, la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité est en constant évolution. Espérons que, à l'avenir, l'ORD pourrait conduire à un développement plus solide du standard ou même du principe de proportionnalité.

¹⁷⁵⁷ ANDENAS & ZLEPTING, ANDENAS Mads; ZLEPTNIG, Stefan « Proportionality: WTO Law: in Comparative Perspective », in *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 20, n°1, 2007, pp. 371-423, p. 396.

Chapitre 6. Les différents niveaux d'intensité dans l'arbitrage international d'investissement avec l'État

Les TAIIE abordent le contrôle des mesures étatiques, à partir des méthodologies différentes. Cependant, la tendance est celle d'un contrôle déférent des décisions étatiques, et par conséquence, d'un contrôle de proportionnalité restreint.

Or, nous trouvons différentes manières de l'aborder le contrôle de proportionnalité. D'une part, l'analyse de proportionnalité apparaît, limité par le traitement déférent ou l'affirmation d'une marge d'appréciation. D'autre part, dans certains cas, dans la proportionnalité est un argument sans explications ou justifications plus détaillées. Aussi, l'analyse se concentre sur l'analyse des preuves apportées et non pas, par un raisonnement juridique concernant le contrôle de proportionnalité annoncé.

De même, à partir d'un niveau moins restrictif, certains tribunaux se sont directe et indirectement plongés dans la motivation de la décision, voire dans le contrôle de l'adéquation de la décision de l'État, et dans d'autres cas, ils font une analyse plus approfondie sur le caractère raisonnable. Concernant la proportionnalité implicite, bien qu'il ne soit pas possible de déterminer les niveaux d'intensité dans son application, l'on observe différents degrés de contrôle des décisions étatiques. Au milieu de cela, l'analyse effectuée par le TAIIE nous montre certains éléments d'un jugement de proportionnalité, soit dans sa version positive (raisonnable et pondération), ou bien, dans sa version négative (arbitraire, déraisonnable). Dans tous les cas, la place occupée par le contrôle de proportionnalité implicite existe mais, la variété des formes dans lesquelles l'argumentation se présente, a difficulté une systématisation concernant le contrôle implicite.

Malgré les difficultés dans l'analyse, le contrôle de proportionnalité peut passer d'une utilisation plus restrictive à une utilisation moins restrictive. Cela doit être interprété comme une force et non comme une faiblesse, dans la mesure où cela révèle le potentiel évolutif du standard vers un statut juridique plus satisfaisant.

Chapitre 7. Les fonctions techniques dans le raisonnement juridictionnel

Malgré le fait que, la proportionnalité n'a pas encore une application parfaite, complète ou fréquente, cela n'empêche pas, de mettre en lumière, les différentes fonctions techniques qu'elle accomplit dans le système de règlement des différends du DIE. En effet, le standard de proportionnalité remplit deux fonctions techniques importantes. D'une part, il sert de critère d'interprétation, d'autre part, il contribue à la justification et à la cohérence des décisions avec le contexte juridique où il participe. Effectivement, le tribunal qui applique le contrôle de proportionnalité décide de rechercher dans la *lex generalis* une base juridique différente pour son analyse, invoquant ainsi la convergence du droit de l'OMC et de la investissements internationaux avec des autres domaines du droit¹⁷⁵⁸.

En fait, sur la base d'un usage récent, explicite et implicite, il est observé que la proportionnalité gagne de la place dans les décisions de l'ORD de l'OMC ainsi que dans l'arbitrage international investisseur-État. Les instances juridictionnelles ont repris ce standard et l'ont placée dans l'exercice d'interprétation. C'est un standard qui apporte, une jurisprudence antérieure ou bien celle émise par d'autres instances juridictionnelles. De cette manière, la proportionnalité fait interagir la *lex specialis* avec la *lex generalis*, ce qui favorise la cohérence des décisions. Il convient de noter que, les fonctions que remplit la proportionnalité existent et sont beaucoup plus évidentes dans l'arbitrage international investisseur-État que dans les rapports de l'ORD de l'OMC. Cependant, la doctrine valorise l'utilisation de la proportionnalité pour améliorer l'interprétation et la cohérence des décisions, tant dans le système de l'OMC que dans l'arbitrage des investissements. Ces fonctions peuvent être mieux développées et même consolidées, dans la mesure où, les organes juridictionnels répondent aux arguments de proportionnalité proposés par les parties à la procédure. Malgré les lacunes et les omissions des organes juridictionnels, la proportionnalité reste un argument présenté à la fois par les États et les investisseurs.

¹⁷⁵⁸VADI Valentina, « Comparaisons critiques : le rôle du droit comparé dans l'arbitrage des traités d'investissement ». *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 39, non. 1, 2010, p. 67-100., P. 88. STONE SWEET Alec & GRISEL Florian, « L'arbitrage transnational des investissements : de la délégation à la constitutionnalisation ? », pp. 118-136, p. 130, in DUPUY Pierre-Marie, FRANCIONI Francesco & PETERSMANN Ernst-Ulrich (éd.), *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009 648 p.

Chapitre 8. Les fonctions systémiques dans le droit international économique

Actuellement, les États et les organisations internationales doivent faire face à une fragmentation juridique, présente au niveau international. À cet égard, la proportionnalité est un mécanisme judiciaire largement appliqué. La proportionnalité « a fourni un fondement doctrinal important pour l'expansion de l'autorité judiciaire fondée sur les droits à travers le monde¹⁷⁵⁹ ». Il participe également à la vision publiciste du droit de l'OMC et des investissements internationaux. Un autre débat important, auquel participe la proportionnalité, concerne l'incorporation des droits de l'homme dans le droit international des investissements et le droit de l'OMC. Sur la base de ce qui précède, nous pouvons déduire que, la proportionnalité fait partie du discours doctrinal autour d'une interaction du droit économique international avec d'autres domaines, tels que le droit public, interne et international.

Bien qu'il n'y ait pas beaucoup de décisions dans lesquelles la proportionnalité est expressément utilisée, nous avons constaté que, dans certaines d'entre elles, un espace a été donné à un raisonnement d'« équilibre » ou de pondération, au milieu du contrôle des décisions pouvoirs discrétionnaires des États, qui limitent les droits au libre-échange et aux investissements internationaux. Dans ce dernier cas, la proportionnalité a été appliquée, tant pour protéger le libre-échange et les investissements internationaux que par rapport au pouvoir réglementaire des États.¹⁷⁶⁰

Il est important de préciser que, comme ce sont des fonctions systémiques de proportionnalité, elles sont plus potentielles que pratiques. Cependant, il est possible que les rôles que la doctrine attribue à la proportionnalité se consolident au fil des ans, mais cela dépendra de la conscience juridique que les membres des organes juridictionnels ont à cet égard. Cela dépendra également de la pratique, de la détermination de la portée acquise par la proportionnalité.

¹⁷⁵⁹ STONE SWEET Alec & MATHEWS Jud, «Proportionality Balancing and Global Constitutionalism», in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008. Faculty Scholarship Series, vol. 47, pp. 1-65, p.61.

¹⁷⁶⁰ MARTIN Anne Marie, «Proportionality: An Addition to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes' Fair and Equitable Treatment Standard», in *International & Comparative Law Review*, vol. 37, No.3, pp. 58-71, p. 68.

Il est important que, grâce à l'utilisation de la proportionnalité, des décisions cohérentes, bien justifiées et bien expliquées soient prises, également dans le respect des États. Sinon, le recours à la proportionnalité au lieu de contribuer au développement du commerce international et du droit international des investissements, peut conduire à une aggravation de la crise de légitimité déjà existante.¹⁷⁶¹

¹⁷⁶¹ REID Emily, *Balancing Human Rights Environmental Protection and International Trade. Lessons from the EU Experience*, Oxford, Hart Publishing « Studies in International Trade Law », 2015, 364 p., p. 13.

BIBLIOGRAFÍA SELECTIVA

Obras, manuales y tesis

Obras y manuales generales

ALEXY Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, colección “El derecho y la justicia” trad. Elías Díaz, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1993, 603 p.

ALLAND Denis & RIALS Stéphane (dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2013, 1649 p.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Centro de estudios políticos y constitucionales, 3a edición*, Madrid, 2007, 885 p

BERNHARDT Rudolf (éd.), *Encyclopedia of Public International Law*, New York, Elsevier Science Publisher, Volume III, 1997. 423 p.

CARREAU Dominique, JULLIARD Patrick, *Droit international économique*, Paris, Dalloz « Collection Précis », 2^{ème} édition, 2005, 744 p.

DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias & PELLET Alain, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8ème édition, 2009, 1709 p.

DWORKIN Ronald, “¿Es el Derecho un sistema de normas?”, in DWORKIN, R. (edit.), *La Filosofía del Derecho*, trad. Javier Sainz de los Terreros, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, 292 p.

FRANCH Marta & BALBÉ Manuel (dir.), *Manual de derecho administrativo: una perspectiva desde los ordenamientos jurídicos de Guatemala y España*, Barcelona, Universidad autónoma de Barcelona, 2002, 595 p.

KOLB Robert, *Réflexions de philosophie du droit international. Problèmes fondamentaux du droit international public : théorie et philosophie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 434 p.

SALMON Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 1198 p.

TROPER Michel, *La philosophie du droit*, PUF, Paris, 2015, 128 p.

Obras y manuales específicos

AUDIT Mathias, BOLLÉE, Sylvain & CALLÉ, Pierre, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, Paris, LGDJ, 2014, 764 p.

BARAK Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, New York, Cambridge University Press, 2012, 638 p.

BÜCHELER Gebhard, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, New York, Oxford University Press, 2015, 329 p.

CASELLA Sarah, *La nécessité en droit international. De l'état de nécessité aux situations de nécessité*, Leiden, Nijhoff, 2011, 578 p.

CHEMAIN Régis, *La refondation du système monétaire et financier international*, Paris: Pedone, 2011. 358p.

CORTEN Olivier, *L'utilisation du 'raisonnable par le juge international'. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 718 p.

COTTIER Thomas ; ECHANDI, Roberto; LEICHTI-MCKEE Rachel, et al. « The Principle of Proportionality in International Law : Foundations and Variations ». vol. 18 *Journal of World Investment & Trade*, 2017, pp. 628-672, p. 643.

NANTEUIL Denis, *Justice privée et ordre juridique international. Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, Paris, Pendone, 1994, 298 p.

HARBO Tor-Inge, *The function of proportionality analysis in European Law*, Boston, Brill Nijhoff, volume 8, 2015, 331 p.

HENCKELS Caroline, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration. Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 266 p.

LAWRENCE Robert, *Crimes and Punishments?: Retaliation Under The WTO*, Institute for International Economics, 2003, 108 p.

LOPEZ ESCARCENA Sebastian, *Indirect Expropriation in International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, « Leuven global governance Series », 2014, 254 p.

MC LACHLAN C, SHORE L, WEINIGER M, *International investment arbitration : substantives principles*, Oxford University Press, 2007, 474 p.

NANTEUIL Arnaud, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, 431 p.

NANTEUIL, Arnaud, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, 650 p.

NEWTON Michael & MAY Larry, *Proportionality in international law*, New York, Oxford University Press, 2014, 352 p.

NIKIÈMA H. Susy, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Paris, P.U.F, 2012, 370 p.

ORTINO F. *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade : A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, Oxford, Hart Publishing « Studies in International Trade Law », 2004, 524 p.

PELLET Alain, *Le droit international du développement*, Paris, PUF, « Collection : Que sais-je », 1987, 127 p.

REID Emily, *Balancing Human Rights Environmental Protection and International Trade. Lessons from the EU Experience*, Oxford, Hart Publishing « Studies in International Trade Law », 2015, 364 p.

ROBERT-CUENDET Sabrina, *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement. Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 545 p.

SANTULLI, Carlo, *Droit du contentieux international*, L.G.D.J, 2^e édition, 2015, 638 p.

SARMIENTO RAMIREZ-ESCUDERO, Daniel, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo. Un análisis jurídico desde el Derecho español*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, « Serie de Derecho Administrativo », 2007, 488 p

SCHILL Sthephan (éd. Sc.), *International investment law and comparative public law*; New York, Oxford University Press, 2010, 836 p.

SCHREUER Christoph, *The ICSID Convention, a commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 1524 p.

SUDRE Frédéric, *Droit Européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 12^{ème} édition, 2015, 976 p.

Capítulos de libros

ADENAS Mads & ZLEPTING Stefan « The Rule of Law and Proportionality in WTO Law », in *Redefining sovereignty in international economic law*, Portland, Hart, 2008, pp. 171-196

ARANCIBIA Jaime, « The Intensity of Judicial Review in the Commercial context: Deference and Proportionality », in *Effective Judicial Review*, 2010, Oxford University Press, pp. 287-299.

ASCENSIO Hervé, BODEAU-LIVINEC Pierre, FORTEAU, Mathias [et al.] « PGD : de et pas du », *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Paris, Éditions Pedone, 2017, 610 p.

AUDIT Mathias « Le droit applicable en matière d'arbitrage fondé sur un traité de protection d'investissements », in : *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales. Regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, FORTEAU Mathias (dir.sc), Actes de la journée d'études organisé le 16 avril 2010 par le CEDCACE, le CEDIN et le CEJEC, Université Paris Ouest Nanterre la Défense, Pedone, Paris, 2011. PP. 65-81.

BARDONNET Daniel, « Quelques observations sur le principe de proportionnalité en ^[1]droit international », in *El derecho internacional en un mundo en transformacion. Libro homenaje al profesor Eduardo Jimenez de Aréchaga*, t. II, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995, PP. 995-1036.

BJORKLUND Andrea, *Yearbook on international investment law & policy, 2013-2014*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 655p:

ALRASHID Meriam & MERIZALDE Juan Felipe, « Awarding Damages: Proportionality, Contributory Fault, and Arbitral Tribunals' Discretion or Toss of a Coin? : panel discussion », pp. 355-381

BARKER Paul, "Investor State Arbitration as International Public Law : Deference, Proportionality and the standard of Review", pp. 235-270

CALAMITA N. Jansen, « The principle of proportionality and the problem of indeterminacy in international investment treaties », pp. 157-200

DANIC Olivia, « Droit international des investissements, droit de l'homme, droit de l'environnement », pp. 531-579

BORN Gary, « Recognition and enforcement of international arbitral awards », In *International Commercial Arbitration, Volume III: International Arbitral Awards*, New

York, Kluwer Law International, 2014, pp. 3394-3718

CARREAU Dominique & MARRELLA Fabrizio, « Les principes généraux du droit », in *Droit international*, Paris, Pedone, 2012, 11^{ème} édition, pp. 325-348

DUPUY Pierre-Marie, FRANCONI Francesco & PETERSMANN Ernst-Ulrich (éd.), *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009 648 p.:

ELLIOT Mark, « Proportionality and deference : The importance of a structured approach », in *Effective Judicial Review : A Cornerstone of Good Governance*. FORSYTH, C. ELLIOT, M. JHAVERI S. New York : Oxford University Press, 2010. P. 264-286

KROMMENDIJK Jasper & MORIJN John, « "Proportional" by what Measure(s)? : Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor-state Arbitration » pp. 422-451.

FORSYTH Christopher, ELLIOT Mark, JHAVERI Jhaveri et autres. *Effective Judicial Review : A Cornerstone of Good Governance*, New York, Oxford University Press, 2010, 800 p.

GALETTA Diana, « Le principe de proportionnalité », in AUBY Jean-Bernard, & DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 2^{ème} édition, « Collection Droit administratif » pp. 501-526

HERWIG Alexia & SERDAREVIC Asja, « Standard of Review for Necessity and Proportionality Analysis in EU and WTO Law : Why Differences in Standards of Review are Legitimate », in GRUSZCZYNSKI Lukasz & WERNER Wouter (éds), *Deference in international courts and tribunals : standard of review and margin of appreciation*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 209-231

HESSEL Bart « The Effects of the Service Directive for Local and Regional Authorities », In GRONDEN Johan Van de, *The EU and WTO Law on Services: Limits to the Realisation of General Interest Policies Within the Services Markets?*, « European Monographs », Volume 63, New York, Kluwer Law International, 2009. pp. 75-96

HILF Meinhard & GOETTSCHE Goetz, « The Relation of Economic and Non-Economic Principles in International Law » in GRILLER Stefan, *International Economic Governance and Non-Economic Concerns : New Challenges for the International Legal Order*, New York, Springer, 2003, pp. 5-46

HILF Meinhard & PUTH Sebastian, « The Principle of Proportionality on its Way into WTO/GATT Law », In *European integration and international co-ordination : Studies in Transnational Economic Law in honour of Claus-Dieter Ehlermann*, The Hague,

Kluwer Law International, 2002, pp. 199-218

KINGSBURY Benedict & SCHIL Stephan, « Investor-state Arbitration as Governance : Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administration Law » in *50 Years of the New York Convention : [ICCA International Arbitration Congress]*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, pp. 5-68

KINGSBURY Benedict & SCHILL Stephan « Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest - the Concept of Proportionality », in *International investment law and comparative public law*, 2010, pp. 75-104

KOLB Robert, « General principles of procedural law », in ZIMMERMANN Andreas, TOMUSCHAT Christian & OELLERS-FRAHM Karin (éds.), *The statute of the International Court of Justice : a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 871-908

KOLB Robert, « La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions – Essai de clarification conceptuelle », in SICILIANOS Linos-Alexandre, FORLATI-PICCHIO Laura, (éds), *Les sanctions économiques en droit international*, Leiden, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, pp. 379-443

LAIRD Ian, SABAHI Borzu, SOURGENS Frédéric & WEILER Tood, *Investment Treaty Arbitration and International Law, Volume 8*, Huntington, JurisNet, 2015, 416 p.

LEBEN Charles, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, 1141 p.

LIBERTI Lahra, « Investissements et droits de l'homme », in KAHN, P. WÄLDE T. (ed.), *New Aspects of International Investment Law*, Leiden, Nijhoff, 2007, pp. 791-852.

MITCHELL Alex, « Proportionality », In *Legal principles in WTO*, New York, Cambridge University Press, 2008, pp. 177-237

MOOR Pierre, « Systématique et illustration du principe de la proportionnalité », in *Mélanges en l'honneur de Michel Fromont. Les droits individuels et le juge en Europe*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 319-341

NANTEUIL Arnaud, « Droit international des investissements et droit de l'OMC ». pp. 581-611

REED Lucy & BRAY, Daina, « Fair and equitable treatment: fairly and equitable

applied in lieu of unlawful indirect expropriation ? », in ROVINE, Artur (éd.), *Contemporary issues in international arbitration and mediation. The Fordham papers 2007*, Leiden Nijhoff, 2008, pp. 13-27

ROSENTRETER Daniel, «The Interpretation of Investment Treaties and Extraneous Rules of International Law not of the Same Subject- Matter – Article 31(3)(C) VCLT and the ‘Principle of Systemic Integration’ – A Means to Reconcile Apparent Norm Conflicts in International Investment Law? », In *Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the Principle of Systemic Integration in International Investment Law and Arbitration*, Baden, Nomos, 2015, pp. 363-457

ROUZZI Elisa, « L’application du principe de proportionnalité en droit de l’organisation mondiale du commerce », In RUIZ FABRA Helène & GRADONI Lorenzo (éds.), *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l’environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de législation comparée, «Collection Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris », 2009, pp. 475-492

SALMON Jean, “Le concept du raisonnable en droit international public”, in *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981 pp. 447-448.

SCHWARZE Jürgen, « Le principe de proportionnalité », in AUBY Jean-Bernard (éd.) *Le droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 2ème édition, « Collection Droit Administratif » pp. 721-911

SCOTT Joanne, « Mandatory or Imperative Requirements in the EU and the WTO », in BARNARD Catherine & SCOTT Joanne (éds.), *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Oregon : Hart Publishing, 2002, PP. 269-294

SEIDL-HOHENVELDERN Ignaz, « Proportionality in an under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States » in *Collected essays on international investments and on international organizations*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, pp. 371-382

STONE SWEET Alec & GRISEL Florian, « Transnational investment arbitration : From Delegation to Constitutionalization ? », pp. 118-136.

VADI Valentina, « Proportionality, Reasonableness, and Standards of Review in Investment Treaty Arbitration », pp. 201-228

Tesis

DEBAA Audrey, *Le principe de proportionnalité en droit international humanitaire*, Thèse de doctorat en droit public, Université Paris 13-Sorbonne Paris cité, 2010, 1 vol, 464 p.

LAGELLE Anaïs, « *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale* » Thèse de droit, soutenu à l'Université Nice-Sophia-Antipolis, le 30 novembre 2012, sous la direction de M. GARCIA Thierry, 468 p.

LELLIG Wendy, « *L'office du juge administratif de la légalité* », Tesis doctoral sustentada en la Universidad de Montpellier, 2015, bajo la dirección del profesor Guylain CLAMOUR, 607 p.

LESAFFRE Hubert, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et la droit de la responsabilité internationale*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2007, 1 vol, 651 p.

MARZAL Antonio, *La dynamique du principe de proportionnalité : Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Thèse de doctorat en droit international public et droit comparé, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2013, 1 vol, 552 p.

OTTONI Sibilla, *Principe de proportionnalité et droit de la concurrence*, Thèse de doctorat en droit public, cotutelle entre Université Panthéon-Assas-Paris II et l'Università degli studi La Sapienza (Rome), 2014, 1 vol, 995 p.

PELLET Alain, *Recherches sur les principes généraux de droit en droit international*, Thèse de doctorat en droit à l'Université Paris II, Paris, 1974, 1 vol.

PORTUESE Aurélien, *Le principe d'efficience dans la jurisprudence européenne*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris II Panthéon-Assas, 2012, 1 vol, 775 p.

RACHO Tania, « *Le système européen de protection des droits fondamentaux* », Tesis de doctorado en derecho europeo, sustentada en la Université Paris II- Panthéon-Assas en noviembre de 2018; 649 p., p. 415.

RIFAT Tinç, *Le contrôle de proportionnalité des mesures nationales restrictives des échanges : un instrument de légalité au service de l'intégration*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Strasbourg, 2009, 2 vol : 617-232 p.

XYNOPOULOS Georges, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, en Allemagne et en Angleterre*, Thèse de doctorat en droit public, Université Paris II, 1993, 1 vol. 794 p.

Artículos y contribuciones

ALTANGEREL Taivankhuu, « The Principle of Balance: Balancing Economic, Environmental and Social Factors in International Economic Law » in *Manchester Journal of International Economic Law*, vol. 1, no. 2, 2004, p. 4-19

ALTER Karen, « Resolving or Exacerbating Disputes ? The WTO's New Dispute Resolution System », in *International affairs*, vol. 79, n° 4, 2003, pp. 783-800

ANDENAS Mad & ZLEPTNIG Stefan, « Proportionality and Balancing in the WTO : A Comparative Perspective », in *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 20, n°1, 2007, pp. 371-423

ANDENAS Mads & ZLEPTNIG Stefan, « Proportionality : WTO Law : in Comparative Perspective », in *Texas international law journal*, vol. 42, n°3, 2007, pp. 371-427

ANDERSON Kym, « Peculiarities of Retaliation in WTO Disputes Settlement » in *World Trade Review*, vol.1, n°2, 2002, pp. 123-134

ARBOUR Maurice, « Le principe de précaution dans le contexte du commerce international: une intégration difficile », *les Cahiers de Droit*, vol. 43, no 1, Paris, 2002, pp. 5-37.

ATIENZA Manuel & RUIZ-MANERO Juan, "Tres enfoques de los principios jurídicos", in *Revista de ciencias sociales*, Universidad de Valparaíso, Chile, No. 38, 1993, pp. 329-356

BARTENSTEIN Kristin, « L'article XX du GATT: le principe de proportionnalité et la concordance concrète entre le commerce et l'environnement », in *Les Cahiers de droit*, vol. 43, n° 4, 2002, pp. 651-684

BEHARRY Chistina, « Objections to Requests for Documents in International Arbitration : Emerging practices from NAFTA chapter 11 », in *ICSID Review*, vol. 27, n°1, 2012. pp. 33-64

BENTO Lucas, « Distilling Principles of Law from ICSID Cases against Ecuador », in *Journal of international arbitration*, vol. 31, n° 3, 2014, pp. 329-356.

BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, « What Roles Can Constitutional Law Play in Investment Arbitration », in *The journal of world investment & trade*, 2014, vol. 15, n°. 5-6, pp. 862-888

BOSSCHE Van de, « Looking for Proportionality in WTO Law » in *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 35, n° 3, 2008, pp. 283-294

BOUSTA Rhita, “La ‘spécificité’ du contrôle constitutionnel français de proportionnalité”, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 59, n°4, 2007, pp. 859-877

CANNIZZARO Enzo, « The role of proportionality in the law of international countermeasures » in *European journal of international law = Journal européen de droit international*, vol. 12, n° 5, 2001, pp. 889-916

CHEYNE Ilona, « Proportionality, Proximity and Environmental Labelling in WTO Law », in *Journal of international economic law*, 2009, vol. 12, n° 4, pp. 927-952

COHEN Abby, « Some Observations on the Principles Relating to Compensation in the Investment Treaty Context », in *ICSID Review*, vol. 22, n° 1, 2007, pp. 1-23

COHEN-ELIYA Moshe & PORAT Iddo, « American balancing and German proportionality: The historical origins », in *I•CON*, 2010, vol. 8 n°. 2, pp.263–286 p. 284.

DESMEDT Alex, « Proportionality in WTO Law », in *Journal of International Economic Law*, vol. 4, n°3, 2001, pp. 441-480.

EGGER Alexander, « The principle of proportionality in Community anti-dumping law » in *European law review*, vol. 18, n° 5, 1993, pp. 367-387

ENGAN Luke, « In Search of Necessity: Congruence, Proportionality, and the Least-Restrictive Means in Investor-State Dispute Settlement », in *Georgetown journal of international law*, vol. 43, n° 2, 2012, pp. 495-521

FORTEAU Mathias, “General Principles of International Procedural Law” in RUIZ FABRA Hélène (Dir), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPIL]*, Oxford, Oxford University Press, 2015, última actualización: Enero 2018

FORTEAU Mathias, « Le Conseil de sécurité des Nations Unies est-il soustrait à l'emprise du principe de non intervention ? », *Droits*, 2013, vol. 1, N° 57, pp. 119-140

FORTEAU Mathias, « Les techniques interprétatives de la Cour International de justice », in *R.G.D.P.*, t.115, n°2, 2011, (« Dossier : les techniques interprétatives de la norme internationale »), pp. 399-416

FOSTER Caroline, « Diminished Ambitions? Public International Legal Authority in the Transnational Economic Era », in *Journal of International Economic Law*, vol. 17, n° 2, pp. 355-397

FOURET Julien, « Siemens A.G. contre Argentine ; Note sous Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, sentence du 06 février 2007, numéro ARB/02/08 », in *Revue québécoise de droit international*, 2007, vol. 20, n°1, pp. 323-330

FRANCK Thomas, « On Proportionality of Countermeasures in International Law », in *The American Journal of International Law*, vol. 102, n° 4, 2008, pp. 715-767

GAJA Giorgio, “General Principles of Law”, in WOLFRUM Rüdiger (Éd), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPIL]*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

GUILMAIN Antoine, « Sur les traces du principe de proportionnalité: une esquisse généalogique », in *McGill Law Journal - Revue de droit de McGill*, vol. 61, n°1, 2015, pp. 87-137

HARIHARAN Srikanth, « Distinction between Treaty and Contract : the Principle of Proportionality in State Contractual Actions in Investment Arbitration », in *The journal of world investment & trade*, vol. 14, n°6, 2013, pp. 1019-1054

HEINEMANN ANDREAS, « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », *Revue internationale de droit économique* 3/2004 (t. XVIII, 3) , p. 293-324

HENCKELS Caroline, « Indirect Expropriation and the Right to Regulate : Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration », in *Journal of International Economic Law*, 2012, vol. 15, n°1, pp. 223-255

HICKMAN, Tom. « Proportionality, Deference, Wednesbury: Taking up Michael Taggart's challenge : Problems of proportionality », *New Zealand law review*, 2010, vol. 2010, pp. 303-811.

JANS Jan, « Proportionality revisited ». In: *Legal issues of economic integration » in law journal of the Europa Institut and the Amsterdam Center for International Law*, vol. 27, n° 3, 2000, pp. 239-265

KILCUP James, “Proportionality in Customary International Law: An Argument Against Aspirational Laws of War”, in *Chicago Journal of International Law*, vol.17, n°1, pp. 244-272.

KLEINLEIN Thomas, “Judicial Lawmaking by Judicial Restraint - The Potential of Balancing in International Economic Law”, in *German Law Journal*, vol. 12, no. 5, 2011, pp. 1141-1174,

KRIEBAUM Ursula, « Regulatory Takings : Balancing the Interests of the Investor and the State », in *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8. no. 5, 2007, pp. 717-744

KUBE V & PETERSMANN E.U., « Human Rights in International Investment Arbitration », *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, 2016, vol. 1, No. 1, pp. 65-114.

LATTY Franck, « Les techniques interprétatives du CIRDI », in *Les techniques interprétatives de la norme internationale*, R.G.D.P. t.115, n°2, 2011, pp. 459-480

LLAMZON Aloysius, « Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation : The State of the Unclean Hands Doctrine in International Investment Law : Yukos as both Omega and Alpha », in *ICSID Review*, vol. 30, n°2, 2015, pp. 315-325

MARTIN Anne Marie, « Proportionality: An Addition to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes' Fair and Equitable Treatment Standard », *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 37, No. 3. 2014, pp. 58-71.

MAVROIDIS Petros, « Remedies in the WTO Legal System : Between a Rock and a Hard Place », in *European Journal of International Law*, vol. 11, n° 4, 2000, 763-813

MEINHARD Hilf, « Power, Rules and Principles – Which orientation of WTO/GATT Law ? », in *Journal of international economics law*, vol.4, n°1, 2001, pp. 111-130

MITCHELL Andrew & WURZBERGER, Sebastian, « M.Boxed In ? Australia's Plain Tobacco Packaging Initiative and International Investment Law », in *Arbitration International*, vol. 27, n°4, 2011, pp. 623-651

MITCHELL Andrew D., « The Legal Basis for Using Principles in Wto Disputes », in *Journal of International Economic Law* vol.10, n°4, 2007, pp.795–835

MITCHELL Andrew, «Proportionality and Remedies in WTO Disputes », in *European journal of international law = Journal européen de droit international*, vol. 17, n°5, 2006, pp. 985-1008

MONTINI Massimiliano, « The nature and function of the necessity and proportionality principles in the trade and environment context », in *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 6, n° 2, 1997, pp. 121-130

NEUMANN Jan & TÜRK Elisabeth, « Necessity revisited : proportionality in World Trade Organization law after Korea-Beef, EC-Asbestos and EC-Sardines » in *Journal of World Trade*, vol. 37, n° 1, (« law, economics, public policy»), 2003, pp. 199-233

NEWCOMBE Andrew, « The boundaries of regulatory expropriation in international law », in *ICSID Review- FILJ*, vol. 20, n°1, 2005, pp. 1-55

ORTINO Federico, « Refining the Content and Role of Investment Rules and Standards : A New Approach to International Investment Treaty Making », in *ICSID Review*, vol. 28, n°1, 2013, pp. 152-168

PALMETER David & MAVROIDIS Petros, « The WTO Legal System : Sources of Law », in *The American Journal of International Law*, vol. 92, 1998, pp. 398-413

PELLET Alain « The caselaw of the ICJ in Investment Arbitration », *I.C.S.I.D. Review*, vol. 28, n° 2, 2013, pp. 223-240

PELLET Alain, « Article 38 », in ZIMMERMANN A., et al., (éd), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 677-793.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Judging Judges : From Principal Agent-Theory to Constitutional justice in Multilevel Judicial Governance of Economic Cooperation Among Citizens », in *Journal of International Economic Law*, vol. 11. n° 4, 2008, pp. 827-884

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Need for a New Philosophy of International Economic Law and Adjudication », in *Journal of International Economic Law*, vol. 17, n°1, 2014, pp. 639-669

PHAM Tra, « International Investment Treaties and Arbitration as Imbalanced Instruments: A Re-visit », in *International Arbitration Law Review*, vol. 13, n° 3, 2010, pp. 81-95

PHILIPPE Xavier, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel » *Raport au colloque « Les figures du contrôle de proportionnalité*», organisé a la Faculté de droit et de Science Politique, Université « Paul Cézanne »Aix-Marseille III le 4 et 5 juin 2007; pp: 20-40., p. 25.

PICHERACK J.Roman, « The expanding scope of the fair and equitable treatment standard : have recent tribunals gone too far ? », in *The journal of World Investments & Trade*, vol. 9, n°4, 2008, pp. 255-291

PRABHASH Ranjan, « Using the Public Law Concept of Proportionality to Balance Investment Protection with Regulation in International Investment Law: A Critical Reappraisal », in *Cambridge journal of international and comparative law*, vol. 3, n° 3, 2014, pp. 853-883

PRABHASH Ranjan, «Using the Public Law Concept of Proportionality to Balance Investment Protection with Regulation in International Investment Law: A Critical Reappraisal», in *Cambridge journal of international and comparative law*, vol. 3, n° 3, 2014, pp. 853-883

RANJAN Prabhash, « Using the Public Law Concept of Proportionality to Balance Investment Protection with Regulation in International Investment Law: A Critical Reappraisal», in *Cambridge journal of international and comparative law*, vol. 3, n° 3, 2014. pp. 853-883

REGAN Donald, « The meaning of “necessary” in GATT Article XX and GATS Article XIV: the Myth of Cost–Benefit Balancing», *World Trade Review*, vol. 6, No. 3., 2007, pp. 347-369

REICH Norbert, « How Proportionate is the Proportionality Principle? », Contribution présentée dans la conférence tenue à Oslo sur le sujet « The Reach of Free Movement », 18-19 mai 2011.

REINISCH August, « Necessity in international investment arbitration-an unnecessary split of opinions in recent ICSID cases? », in *The journal of world investment and trade*, vol. 8, 2007, pp. 191-294

SABAHI Borzu & DUGGA Kabir, « Occidental Petroleum v Ecuador (2012). Observations on proportionality, assessment of damages and contributory fault » *ICSID Review – FILJ*, vol. 28, n°2, 2013, pp. 279-290

SACERDOTI, Giorgio. « Precedent in the settlement of international economic disputes: The WTO and Investment Arbitration Models », *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, 2010, pp. 225-246

SAMPLINER Gary, « Arbitration of Expropriation Cases Under U.S. Investment Treaties-A Threat to Democracy or the Dog That Didn’t Bark? », in *ICSID Review*, vol. 18, n° 1, 2003, pp. 1-43

SCHAMMO Pierre, « Arbitrage and Abuse of Rights in the EC Legal System », in *European Law Journal*, vol.14, n°3, 2008, pp. 351-376

SCHILL Stephan, « Cross-Regime Harmonization through Proportionality Analysis: The case of international Investment Law, the law of State Immunity and Human Rights », in *ICSID Review - FILJ*, vol. 27, n°1, 2012, pp. 87-119

SEBASTIAN T, « World Trade Organization Remedies and the Assessment of Proportionality: Equivalence and Appropriateness », in *Harvard International Law Journal*, vol. 48, n° 2, 2007, pp. 337-382.

SEBASTIAN Thomas, « World Trade Organization Remedies and the Assessment of Proportionality: Equivalence and Appropriateness », in *Harvard international law journal*, vol. 48, n° 2, 2007, pp. 337-382

SHARMA, Uma Jitendra, "What's Past Is Prologue: Revisiting Proportionality in Investor-State Arbitration", in *Singapore Law Review*, vol. 36, 2018-2019, p. 152-185, p. 161

SHIRLOW Esmé, « Deference and Indirect Expropriation Analysis in International Investment Law: Observations on Current Approaches and Frameworks for Future Analysis », *ICSID Review*, vol. 29, n° 3, 2014, pp. 595-626

SNELL Jukka, « True Proportionality and Free Movement of Goods and Services », in *European Business Law Review*, vol. 11, n° 1, 2000, pp. 50-57

SNODGRASS Elizabeth, « Protecting Investors Legitimate Expectations – Recognizing and Delimiting a General Principle », in *ICSID Review*, vol. 21. No. 1, 2006, pp. 1-58

STERN Brigitte, « Le droit de propriété, l'expropriation et la nationalisation dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Droit et pratique du commerce international*, vol. 17, 1991, pp. 394-423.

STONE SWEET Alec & CANANEA, Giacinto della. « Proportionality, General Principles of Law, and Investor-State Arbitration: a Response to José Alvarez » In: *New York University journal of international law and politics*, 2014. Vol. 46, issue 3, page 911-954

STONE SWEET Alec & MATHEWS Jud, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », in *Journal of Transnational Law*, vol 47, (« Faculty Scholarsip Series »), pp. 72-164

STONE SWEET Alec, « Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier », in *Law and Ethics of Human Rights*, vol. 4, n°1, 2010, pp. 47-76

TRACHTMAN Joel, « Regulatory Jurisdiction and the WTO » in *Journal of International Economic Law*, vol. 10, n° 3, 2007, pp. 631-651

TRUMBULL Charles, « Re-thinking the principle of proportionality outside of hot battlefields », in *Virginia journal of international law*, vol. 55, n° 3, 2015, pp. 521-562

TSANG Alan, « Transnational Rules on Interim Measures in International Courts and Arbitrations », in *International Arbitration Law Review*, vol.14, n° 2, 2011, pp. 35-42

URBINA Francisco, « Critique of Proportionality», in *American Journal of Jurisprudence*, vol. 57, n°1, 2012, pp. 49-80

VADI Valentina, « The Migration of Constitutional Ideas to Regional and International Economic Law: the Case of Proportionality », in *Northwestern journal of international law & business*, vol. 35, n° 3, 2015, pp. 557-589

VESEL Scott, « A "creeping" violation of the fair and equitable treatment standard? », in *RAI*, vol. 30, n° 3, 2014, pp. 553-564

WAELE, Thomas & KOLO Abba «Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law», in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, 2001, pp. 811-848

XIULI Han, «The application of the principle of proportionality in *Tecmed v. Mexico* », in *Chinese journal of international law*, vol. 6, n° 3, 2007, pp. 635-652

Acuerdos y tratados internacionales

Acuerdos Marco de la OMC

(Acuerdos Marco y Acuerdos comerciales regionales notificados a la OMC, disponibles en: www.wto.org)

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994

Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de 1994

Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias

Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio

Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias

Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio

Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de 1994 o Acuerdo Antidumping.

Acuerdos y Tratados con disposiciones en materia de comercio e inversiones internacionales con el Estado

(Disponibles en el sitio web : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>)

Acuerdo de Asociación económica la *Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia*, suscrito el 27 de junio de 2014. Entró en vigencia el 1 de julio de 2016.

Acuerdo de Asociación Económica entre la *Unión Europea, la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y por la otra, la República de Moldavia*, suscrito el 27 de junio de 2014. Entró en vigencia el 1 de julio de 2016.

Acuerdo de Asociación Económica entre la *Unión Europea, la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y por la otra, la República de Ucrania*, suscrito el 27 de junio de 2014. Entró en vigencia el 1 de julio de 2016.

Acuerdo de Asociación Económica entre la *Unión Europea, la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y por la otra, la República de Ucrania*, suscrito el 27 de junio de 2014

Acuerdo de libre comercio firmado entre Canadá y Corea, el 22 de septiembre de 2014.

Tratado bilateral de inversiones entre la Unión Europea y Kazakhstan, firmado 21 de diciembre de 2015.

Tratado de asociación económica, firmado el 10 de junio de 2016, entre la UE y los Estados del Acuerdo de Asociación Económica-EPA- de la Comunidad de Desarrollo del África Meridional, -SADC-, es decir: La República de Botswana, el Reino de Lesotho, la República de Mozambique, la república de Namibia, la república de Sudáfrica y el Reino de Suazilandia.

Tratado suscrito entre algunos miembros de la UE, Armenia y los Estados de Comunidad Europea de Energía Atómica -CEPA- el 24 de Noviembre de 2017.

Tratado bilateral de inversiones entre Brazil y Chile, firmado el 21 de Noviembre de 2018, página sin numeración.

Tratado bilateral de inversiones, entre Colombia y Francia firmado el 10 de julio de

2014.

Tratado de libre comercio entre México y Panamá, firmado el 3 de abril de 2014

Tratado de libre comercio firmado entre Corea y Naynmar el 5 de junio de 2014

Acuerdo de inversión bajo el acuerdo marco sobre integral cooperación económica entre la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático-AESAN- e India, firmado el 12 de noviembre de 2014

Protocol to the Agreement on the Promotion and Protection of Investments between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Republic of Kenya, firmado el 8 de Julio de 2014

Tratado de libre comercio firmado entre Australia y Corea, el 8 de abril de 2014.

Tratado de libre comercio entre China y Corea suscrito el 1 de junio de 2015.

Tratado de libre comercio suscrito entre Corea y Vietnam el 5 de mayo de 2015.

Tratado de libre comercio suscrito entre Corea y Turquía el 26 de febrero de 2015.

Tratado de libre comercio entre Corea y Nueva Zelanda, firmado el 23 de marzo de 2015.

Tratado de libre comercio entre Honduras y Perú, firmado el 29 de mayo de 2015.

Tratado bilateral de inversiones Japón-Uruguay, suscrito el 26 de enero de 2015.

Tratado de libre comercio entre China y Corea suscrito el 1 de junio de 2015.

Tratado comercial CETA entre algunos países de la UE y Canadá, firmado el 30 de octubre de 2016

Tratado bilateral de inversiones firmado el 1 de noviembre de 2017

Acuerdo sobre Inversiones entre los gobiernos de la región administrativa especial de Hong Kong de la República Popular China y los estados miembros de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, firmado el 12 de noviembre de 2017.

Tratado de Asociación Económica, entre el Reino Unido y los Estados miembros del CARIFORO, firmado el 22 de marzo de 2019.

Tratado de promoción y protección de inversiones, suscrito el 8 de enero de 2020 entre el Reino de Marruecos y Japón.

Jurisprudencia

Tribunal Internacional de Justicia

(Las decisiones citadas están disponibles en la página web de la organización)

TIJ, sentencia del 31 de julio de 1928, en el asunto *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique-Naulilaa*. (Portugal c. Allemagne)

TIJ, sentencia del 20 de febrero de 1969, asunto *Casos de la plataforma continental del mar del norte*.

TIJ, decisión del 27 de junio de 1986, en el asunto *Actividades militares y paramilitares contra el Gobierno de Nicaragua* (Nicaragua contra Estados Unidos)

TIJ, decisión del 6 de noviembre de 2003, en el asunto *Plataformas petroleras* (República islámica de Iran contra Estados Unidos de América).

TIJ, opinión consultiva del 8 de julio de 1996, en el asunto *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*.

TIJ, sentencia del 25 de septiembre de 1997 en el asunto *Proyecto gabcikovo-nagymaros* (Hungria contra Eslovaquia)

TIJ, sentencia de 26 de febrero de 2007, *causa relativa a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia* (Serbia y Montenegro)

TIJ, decisión del 14 de noviembre de 2009, asunto *Délimitation maritime en mer Noire* (Roumanie c. Ukraine).

TIJ, decisión del 19 de noviembre de 2012, asunto *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie)

TIJ, decisión del 27 de enero de 2014, asunto *Différend maritime* (Pérou c. Chili),

TIJ, sentencia del 1 de octubre de 2018, en el asunto *Caso Obligación de negociar una salida al Océano Pacífico* (Bolivia c. Chile).

TIJ, decisión del 23 de julio de 2018, en el asunto *Medidas provisionales* (Qatar c. Emiratos Árabes Unidos).

TJUE-TEDH

(Las decisiones citadas están disponibles en la página web de la organización)

TEDH. Sentencia del 23 de septiembre de 1982, en el asunto *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, nº 7151/75; 7152/75

TJUE; decisión del 11 de julio de 1989, en el asunto *Schöder / Hauptzollant Gronau*, No. 265/87.

TJUE; decisión del 24 de octubre de 1993, asunto *Balkan* No.5 /73.

TJUE. Sentencia del 7 de diciembre de 2010, en el asunto *R. v. Germany*, No. C-285/09

TJUE. Sentencia de 6 de marzo de 2018 en el asunto *Achmea*. No. C-284/16,

OMC

Informes del grupo especial y órgano de apelación

Informe del grupo especial del 18 de agosto de 2017, en el asunto *Indonesia - Salvaguardia sobre determinados productos de hierro o acero*. WT/DS490/R y WT/DS496/R

Informe del grupo especial, del 19 de agosto de 2016, en el asunto *Federación de Rusia - medidas relativas a la importación de porcinos vivos, carne de porcino y otros productos de porcino procedentes de la Unión Europea*, WT/DS475/R

Informe del grupo especial del 6 de diciembre de 2017, en el asunto *Estados unidos - medidas antidumping y compensatorias sobre determinado papel estucado o cuché procedente de Indonesia*, WT/DS491/R

Informe del grupo especial, del 24 de julio de 2015, en el asunto *Estados unidos - medidas que afectan a las importaciones de animales, carne y otros productos del reino animal procedentes de la Argentina*. No. WT/DS447/R

Informe del grupo especial del 19 de agosto de 2016, en el asunto *Federación de Rusia - medidas relativas a la importación de porcinos vivos, carne de porcino y otros productos de porcino procedentes de la Unión Europea*. No. WT/DS475/R

Informe del grupo especial, del 17 de octubre de 2017, en el asunto *Indonesia -*

medidas relativas a la importación de carne de pollo y productos de pollo. No. WT/DS484/R

OMC. Informe del órgano de apelación del 28 de marzo de 2019, en el asunto: Estados Unidos - medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación). Recurso de la Unión Europea al párrafo 5 del artículo 21 del ESD. No. WT/DS353/AB/RW,

Informe del grupo especial del 9 de junio de 2017, en el asunto *Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación). Recurso de la unión europea al párrafo 5 del artículo 21 del ESD.* No. WT/DS353/RW

Decisión del árbitro, al recurso de los Estados Unidos al párrafo 6 del artículo 22 del ESD. del 13 de octubre de 2020, en el asunto: *Estados Unidos - medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación).* No. WT/DS353/ARB

Informe del grupo especial, del 11 de marzo de 2016, en el asunto *Estados Unidos - Medidas antidumping y compensatorias sobre lavadoras de gran capacidad para uso doméstico procedentes de Corea.* No. WT/DS464/R,

Informes del grupo especial del 26 de marzo de 2014, en el asunto *China - medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno.*

Informe del órgano de apelación del 20 de noviembre de 2015, en el asunto Estados Unidos - medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de Atún. Recurso de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD. No. WT/DS381/AB/RW.

Informes del Órgano de Apelación, adoptados el 23 de julio de 2012, en el asunto *Estados Unidos – Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO).* Nos. WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R

Informes del grupo especial, del 26 de octubre de 2017, en el asunto *Estados Unidos - medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún. Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD.* Nos. WT/DS381/RW/USA y WT/DS381/RW2

Informe del grupo especial, en el asunto: *Estados Unidos - medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación). Recurso de la unión europea al párrafo 5 del artículo 21 del ESD,* del 9 de junio de 2017, WT/DS353/RW.

Informe del grupo especial *Addendum* del 30 de septiembre de 2015, *Panamá c. Argentina – Medidas relativas al comercio de mercancías y servicios.* No. WT/DS453/R/Add.1

Informe del grupo especial, del 14 de octubre de 2014, en el asunto *India - medidas relativas a la importación de determinados productos agropecuarios*, WT/DS430/R

Informes del Grupo especial, *Addendum*, Brasil - determinadas medidas relativas a la tributación y las cargas, del 30 de agosto de 2017. WT/DS472/R/Add.1; WT/DS497/R/Add.1

Informes del grupo especial, *addendum*, del 20 de octubre de 2014, en el Recurso de Canadá y México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, asunto: “Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO) recurso del Canadá y de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD”, WT/DS384/RW/Add.1, WT/DS386/RW/Add.1.

Decisiones de arbitraje internacional de inversiones con el Estado

(Disponibles en el sitio web : www.italaw.com).

Tribunal de arbitraje NAFTA bajo las reglas del CNUDMI. Laudo parcial del 13 de noviembre de 2000, en el asunto *S.D. Myers Inc. v Government of Canada*.

CIADI. Laudo del 16 de diciembre de 2002, en el asunto *Feldman Karpis (Marvin Roy) v United Mexican States*. No. ARB(AF)/99/1

Tribunal NAFTA, laudo arbitral interino, *Pope & Talbot Inc vs Government of Canada*, decision del 26 de Junio de 2000

CIADI, laudo arbitral del 12 de abril de 2002, en el asunto: *Middle East Cement Shipping and Handling Co SA vs Arab Republic of Egypt*, No ARB/99/6.

CIADI. Laudo del 29 de mayo de 2003, en el asunto *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, No. ARB (AF)/00/2

CIADI. Laudo del 3 de octubre de 2006, en el asunto *LG&E Energy Corp. y otros c. República Argentina*, No. ARB/02/1

CIADI. Laudo del 14 de julio de 2006, en el asunto *Azurix Corp. c. República Argentina*. No. ARB/01/12

CIADI. Luado del 27 de diciembre de 2010, en el asunto *Total S.A. v Argentine Republic*. No. ARB/04/1, Decisión sobre responsabilidad

CIADI. Laudo del 31 de octubre de 2011, en el asunto: *El Paso Energy International Company v Argentine Republic*. No. ARB/03/15

CIADI. Laudo del 30 de julio de 2010, en el asunto *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v Argentina, (InterAgua v Argentina)*. No. ARB/03/17, Decisión sobre responsabilidad

CIADI. Laudo del 5 de octubre de 2012, en el asunto *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, No. ARB/06/11.

CIADI. Decisión Sobre Anulación del Laudo, del 2 de noviembre de 2015, en el asunto: *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration And Production Company c. La República del Ecuador*. No. ARB/06/11, párrafo 350.

CIADI, laudo del 1 de octubre de 2014, en el asunto *Vigotop Limited v. Hungary*. No. ARB/11/22.

CIADI. Laudo del 26 de febrero de 2014, en el asunto: *René Rosé Levy de Levy vs Perú*, No. ARB/10/17

CIADI, laudo del 3 de noviembre de 2015, en el asunto *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*. No. ARB/11/33.

CIADI, laudo del 28 de julio de 2015, en el asunto: *Bernhard Friedrich arnd Rüdiger von Pezold y otros v. Republic of Zimbabwe*, No. ARB/10/15.

CPA. Laudo, bajo las reglas CNUDMI, de fecha 22 de Noviembre de 2018, en el asunto: *South American Silver Limited (bermudas) vs. El Estado Plurinacional de Bolivia*, No. 2013-15.

Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Laudo del 6 de julio de 2016, en el asunto *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. Reino de España*. No. SCC V2013/153.

CIADI. Decisión en Jurisdicción del 8 de marzo de 2017 en el asunto *Vladislav Kim and others v. Republic of Uzbekistan*, No. ARB/13/6.

CIADI, laudo del 12 de octubre de 2018, en el asunto *Alvarez y Marín Corporación S.A., y otros v. República de Panamá*, No. ARB/15/14

CIADI, laudo del 22 de octubre de 2018, en el asunto *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (pty) Limited and Stirling Capital Limited vs Republic of Kenia*, No. ARB/15/29

CIADI. Laudo del 30 de Noviembre de 2018, en el asunto *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v Kingdom of Spain*. No. ARB/13/30

CIADI. Laudo del 24 de noviembre de 2015, en el asunto *VJ, SCLLC, AND AIPLLC v Republic of Poland*. No. ARB(AF)/11/3.

CIADI. Laudo sobre objeciones preliminares expeditas de la demandada de conformidad con el artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, del 31 de mayo de 2016, en el asunto *Corona Materials, LLC c. República Dominicana*. N.º ARB(AF)/14/3

CIADI. Laudo del 14 de octubre de 2016, en el asunto: *Pac Rim Caiman LLC c. República del Salvador*. No. ARB/09/12,

CIADI. Laudo del 29 de julio de 2018. *Casinos Austria International GMBH y Casinos Austria Aktiengesellschaft c. República Argentina*. No. ARB/14/32

Documentos de las Naciones Unidas

(Los documentos citados están disponibles en la página web de la organización)

Resolución 56/83, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Codificación del Derecho de la Responsabilidad del Estado por Actos Internacionalmente Ilícitos. Fecha de adopción: 12/12/2001.

Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas: Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados. Fecha de adopción: 12/12/1974

Resolución aprobada por la Asamblea General del 28 de enero de 2002, sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1) en su 56º sesión de trabajo. Documento A/RES/56/83, p. 402.

Documentos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas

Informe sobre la Responsabilidad de los Estados, Anuario de la CDI, 2001

Informe n° A/CN.4/SER.A/2002/Add.1, Anuario de la CDI, Vol. II, 2002

Informe n° A/CN.4/SER.A/2003/Add.1. Anuario de la CDI, Vol. II, 2003

Informe n° A/68/10, Anuario de la CDI, Vol. II, 2013

Informe n° A/71/10, Anuario de la CDI, vol. II. 2016

Informe n° A/72/10, anexo al informe de la CDI en su 69º New York. 2017

Informe n° A/73/10, Anuario de la CDI, Vol. II, New York, 2018

Tabla de materias

Indice	p. 10
Siglas y abreviaciones	p.12
Introducción.....	p. 15
 Primera parte – Los contornos de la proporcionalidad.....	p. 52
 Título I – La inexistencia de un estatus jurídico satisfactorio	p. 54
 Capítulo 1. Los límites en la calificación del principio de proporcionalidad	p.56
Sección 1. La determinación del principio de proporcionalidad en el derecho internacional público	p. 60
§ 1- El principio de proporcionalidad existe en el derecho interno	p. 63
A. En el sistema del <i>civil law</i>	p.64
B. En el sistema del <i>common law</i>	p. 69
§ 2- El principio de proporcionalidad existe en el derecho internacional público.....	p. 74
A. En el derecho europeo.....	p.76
B. En el derecho de las contramedidas internacionales.....	p.78
Sección 2. La determinación del principio de proporcionalidad en el derecho internacional económico.....	p. 81
§ 1- El ingreso del principio de proporcionalidad en la solución de diferencias.....	p.83
A. La aplicación en la solución de disputas de la OMC.....	p.84
B. La trasposición en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado.....	p. 87
§ 2- La aplicación reciente del principio de proporcionalidad por los TAIE.....	p.90
A. El rechazo expreso al análisis del principio de proporcionalidad.	p.90
B. La implementación de un test de proporcionalidad en la solución de objeciones sobre falta de jurisdicción.....	p.94
Conclusiones del capítulo..	p. 99
 Capítulo 2. Los límites en la consolidación de una fuente jurídica autónoma.....	p.103
Sección 1. Las reticencias en la aplicación del principio de proporcionalidad.....	p.105
§ 1- La desconfianza expresada por la doctrina	p.107

A. En el derecho de la OMC.	p.108
B. En el derecho de inversiones internacionales con el Estado.	p.110
§2- El silencio jurisdiccional en la práctica reciente.	p.114
A. En la solución de diferencias de la OMC.	p.117
B. En el arbitraje internacional de inversiones con el Estado.	p. 121
Sección 2. La inclusión de un estándar de proporcionalidad en otras fuentes jurídicas.....	p.124
§ 1- La aceptación de la proporcionalidad en la solución de diferencias	p.125
A. En los actuales laudos de los TAHE.....	p.126
B. En los recientes informes del OSD.	p.129
§ 2- La referencia a la proporcionalidad en las reglas convencionales recientes.....	p.134
A. En los acuerdos y tratados de comercio internacional con el Estado.....	p.136
B. En las disposiciones sobre inversiones internacionales con el Estado.....	p. 139
Conclusiones del capítulo.....	p. 143
Conclusiones del título I.	p.145
Título II - La existencia de una noción jurídica con geometría variable.	p.147
Capítulo 3. La proporcionalidad como noción jurídica explícita	p.150
Sección 1. La proporcionalidad desde una perspectiva negativa.....	p.152
§ 1 –Lo desproporcional o desproporcionado.	p.154
A. En el derecho del comercio internacional con el Estado.	p.154
1. La desproporción cuantitativa.	p.154
2. La desproporción cualitativa.	p.160
B. La desproporción, manifiesta o extremadamente severa en materia de inversiones internacionales con el Estado	p. 163
§ 2 – La desproporción y otros estándares jurídicos	p.70
A. El OSD relaciona la desproporción con la noción de demoras indebidas.	p.171
B. La relación con la desproporción en los laudos de los TAHE.	p.173
Sección 2. La proporcionalidad desde una perspectiva positiva.	p.181
§ 1 – Lo proporcional o proporcionado.	p.183
A. En las relaciones de comercio internacional con el Estado.	p. 183
1. La proporcionalidad cuantitativa.	p. 183

2. La proporcionalidad cualitativa.	p.186
B. La ponderación y el ‘balancing’ en el derecho internacional de inversiones con el Estado.	p. 188
1. La referencia a medidas proporcionadas.	p.189
2. El reconocimiento de la ponderación o ‘balancing’.	p.190
§ 2 – La proporcionalidad y otros estándares jurídicos.	p.192
A. Los elementos del test europeo en las disposiciones sobre comercio internacional.....	p. 193
B. Una noción al interior de otros estándares jurídicos de inversiones con el Estado	p.194
Conclusiones del capítulo	p. 198
 Capítulo 4. La proporcionalidad como noción jurídica implícita.	p.202
Sección 1. La osmosis conceptual en el derecho de la OMC.	p.205
§ 1- La proporcionalidad negativa implícita	p.205
A. La arbitrariedad y el abuso del derecho en la doctrina.	p.206
B. La práctica decisonal reciente.....	p.209
1.Los informes que tienen en cuenta el discurso doctrinal.....	p 209
2. Los informes en los que existe una proporcionalidad implícita, por analogía.	p.211
§ 2- La proporcionalidad positiva implícita.	p.214
A. En el test de necesidad de la medida	p.214
1. En las excepciones generales.	p.215
2. En los Acuerdos OTC, MSFS y ASC.	p. 219
B. En los estándares de adecuación y equivalencia	p. 223
1. A la luz del ASMC.	p. 223
2.De acuerdo con lo establecido en el Art. 22.6 del ESD.	p. 225
Sección 2. La osmosis conceptual en el derecho internacional de inversiones	p.227
§ 1- La proporcionalidad negativa implícita.	p.230
A. En el estudio del abuso del derecho.	p. 230
B. En medio del análisis de la arbitrariedad de la medida.	p.232
§ 2- La proporcionalidad positiva implícita.	p. 239
A. En el control de la adecuación del comportamiento estatal.	p.239
B. En el control de la razonabilidad de la medida.	p. 242
Conclusiones del capítulo.....	p. 246

Conclusiones de la primera parte	p.249
Segunda Parte – La implementación en el derecho internacional económico.	p.251
Título III – La intensidad del control de proporcionalidad en la solución de diferencias...	p.253
Capítulo 5. Los niveles de intensidad en la solución de diferencias de la OMC.....	p.256
Sección 1. Un control deferente respecto a las determinaciones estatales.	p.261
§1- En los derechos antidumping y subvenciones específicas.	p.265
A. Control de la desproporción en los derechos antidumping.....	p. 266
B. Control de la desproporción respecto de las subvenciones específicas	p.268
§ 2- En la suspensión de obligaciones comerciales, a la luz del artículo 22.6 del ESD.....	p. 271
A. La modificación de la metodología presentada por una de las partes.	p. 272
B. La determinación de un modelo propio de evaluación del nivel de suspensión equivalente	p. 274
Sección 2. Un control menos deferente respecto al cumplimiento de los Acuerdos	p.277
§ 1- En el control de las medidas a la luz de los Acuerdos MSFS y OTC.....	p. 279
A. En el estudio de las disposiciones del AMSFS.....	p.280
B. En el estudio del artículo 2.1. del AOTC.....	p.285
§ 2- Un control más amplio en el análisis de las excepciones generales a los Acuerdos.....	p.287
A. Respecto de las medidas ‘necesarias para proteger la moral pública’.....	p. 288
B. En relación con otras excepciones generales	p.294
Conclusiones del capítulo	p.301
Capítulo 6. Los niveles de intensidad en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado.	p. 305
Sección 1. El control de proporcionalidad más restrictivo.	p.307
§1- La deferencia como método de revisión de la medida estatal.....	p.311
A. La doctrina apoya un acercamiento deferente en el análisis de la proporcionalidad....	p. 312
B. La práctica actual deferente y la noción de proporcionalidad.	p.313
1.La deferencia explícita e implícita.	p.313
2. El uso del margen de apreciación.....	p.320
§2- Los limitados argumentos en torno a la proporcionalidad.	p.325
1.La proporcionalidad en el discurso jurisdiccional.	p.326

2.El razonamiento arbitral basado en la carga probatoria.	p.328
Sección 2. El uso menos restrictivo del control de proporcionalidad.....	p.332
§1- El estudio del fin público perseguido.	p.334
A.Revisión indirecta.....	p.335
B.Revisión directa.....	p. 337
C. Análisis del fin público perseguido en relación con la medida estatal.	p.341
§2- El estudio más profundo de la relación entre los medios y los fines	p.349
A. El carácter razonable y necesario en la relación entre los medios y los fines.	p.350
B. Control de la proporcionalidad ‘ <i>stricto sensu</i> ’ o <i>balancing</i>	p. 352
Conclusiones del capítulo	p.356
Conclusiones del título III.	p.358
Título IV – Las funciones de la proporcionalidad en el derecho internacional económico.p.	360
Capítulo 7. Las funciones técnicas en el razonamiento jurisdiccional	p.362
Sección 1. Un instrumento en la apreciación fáctico-jurídica de la regla convencional....	p. 364
§ 1- La posibilidad de usar el estándar de proporcionalidad en la interpretación de la regla convencional	p. 367
A. En la solución de diferencias por parte del OSD.	p.368
B. En el arbitraje internacional de inversiones con el Estado.....	p.370
§ 2 El uso de la proporcionalidad como medio de interpretación.	p.374
A. El surgimiento en la reciente solución de diferencias de la OMC.....	p.376
B. El desarrollo progresivo en el arbitraje internacional de inversiones con el Estado.....	p.379
Sección 2. Un instrumento latente en la justificación de las decisiones.	p.382
§1- El estándar de proporcionalidad mejora la argumentación de las decisiones.	p.384
§ 2- Permite la legitimidad, coherencia, justificación y completitud de las decisiones	p.391
Conclusiones del capítulo	p.397
Capítulo 8. Las funciones sistémicas en el derecho internacional económico.	p.400
Sección 1. La función de interacción con el derecho público.	p.401
§ 1- La proporcionalidad y la migración de ideas del derecho constitucional.....	p.402
A. En el derecho de la OMC.	p.403

B. En el derecho de las inversiones internacionales con el Estado.	p.406
§ 2- La conciliación con los derechos humanos.	p. 410
A. El ‘ <i>balancing</i> ’ entre los derechos de los inversionistas y los derechos humanos	p.413
B. El ‘ <i>balancing</i> ’ entre los derechos humanos y el derecho de la OMC.	p.418
Sección 2. Un instrumento imparcial en el control de la discrecionalidad estatal	p.423
§ 1- Un mecanismo de protección del libre comercio e inversiones internacionales.	p.426
A. La proporcionalidad de las medidas de restricción comercial.	p.428
B. La proporcionalidad de las medidas sobre derechos de los inversionistas.....	p.432
§ 2- Un mecanismo para la protección de los objetivos públicos legítimos.	p.436
A. La salud pública.	p. 437
B. El orden económico y la seguridad nacional.	p.441
Conclusiones del capítulo	p. 444
Conclusiones generales	p.446
Anexo-Resumen de la tesis en francés	p.452
Bibliografía	p.481
Tabla de materias.	p.505