

La aplicación del principio de proporcionalidad por el CIADI a la luz de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH. Un diálogo persuasivo?

El principio de proporcionalidad transporta de un sistema jurídico al otro el valor de la justicia material y de la transparencia. Sin embargo, este principio no cuenta con una definición satisfactoria en el derecho público interno e internacional. Es un principio mutable cuyo contenido específico, generalmente dado por el juez, varía según el contexto jurídico en el que se aplique¹.

En el contexto europeo, el principio de proporcionalidad nace en el derecho alemán² y es reconocido en 1970 por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas³, dando inicio a un diálogo con los jueces de los Estados miembros, quienes poco a poco introducen este principio en su jurisprudencia interna buscando garantizar los derechos y libertades así como el control al exceso de poder en las decisiones administrativas discrecionales⁴.

A partir del reconocimiento formal del principio de proporcionalidad en el derecho de la Unión Europea – UE -⁵ éste se ha venido aplicando en casi todos los ámbitos de su competencia⁶. A pesar de que no hay consenso sobre su forma definitiva⁷, es posible constatar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea – TJUE-, al realizar el control de proporcionalidad sobre las decisiones de los Estados miembros, verifica la existencia de al menos una de las siguientes condiciones: i) La medida es *adecuada* en relación con el objetivo asignado por su autor, ii) la medida es *necesaria* en el sentido que no debe existir otra alternativa mas eficaz y menos restrictiva de los derechos e intereses en conflicto que la medida que ha sido tomada y iii) La medida es proporcional *en stricto sensu* o encuentra un « justo equilibrio » entre los intereses opuestos en el caso bajo estudio.

¹ 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-Sorbona, 2013. 547 p.

² En Alemania ya se aplicaba por la Suprema Corte Administrativa Prusiana, especialmente a partir de la decisión « *Kreuzberg* » del 14 de junio de 1882. GALETTA Diana Urania, « Le principe de proportionnalité », en *Traité de droit administratif européen*, segunda edición, bajo la dirección de Jean-Bernard AUBY y otros. Colección « Droit Administratif », Bruylant, 2014, Pag : 501.

³ En la decisión “*Internationale Handelsgesellschaft mbH*”. Asunto 11/70. Sentencia del 17 de diciembre de 1970.

⁴ Es un principio reconocido en varios países de la Unión Europea: Alemania, Francia, Bélgica, Italia, Dinamarca, Grecia, Gran Bretaña, Luxemburgo, Países bajos y España. Al respecto, ver SCHWARZE Jürgen, « Le principe de proportionnalité », en AUBY Jean-Bernard (éd.) *Le droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, segunda edición, « Collection Droit Administratif » pp: 722-747.

⁵ En el Artículo 5 del Tratado de Masstricht, 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.

⁶ 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, Op.cit. página 772.

⁷ Para Tor-Inge HARBO, el análisis de proporcionalidad realizado por el TJUE puede variar según el caso modelo de que se trate. HARBO Tor-Inge, “*The function of proportionality analysis in European Law*”, Boston, Brill Nijhoff, volume 8, 2015, p.60. Para Diana GALETTA, el desarrollo del principio de proporcionalidad se caracteriza por una tensión interna que aún no está resuelta. Op.cit. p. 519.

En relación con la jurisprudencia de la Convención Europea de derechos humanos-CEDH, a pesar de que el principio de proporcionalidad no es reconocido de manera expresa por la Convención, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos-TEDH lo ha venido aplicando en el control judicial de varias disposiciones de la Convención⁸. Al igual que en el caso del TJUE, la jurisprudencia no es suficientemente clara sobre su forma⁹, no obstante, también se puede observar que en varias de sus decisiones, el TEDH realiza un control de proporcionalidad basado en la mayoría de los siguientes parámetros: constata la limitación de los derechos garantizados, verifica si esa limitación está prevista en la Ley, luego comprueba si está justificada en la consecución de alguno de los fines legítimos; y finalmente, examina si la limitación del derecho «era necesaria en una sociedad democrática» para la satisfacción de los fines perseguidos¹⁰.

Así las cosas, es posible afirmar que el principio de proporcionalidad existe y se ha desarrollado en la jurisprudencia europea¹¹ como un principio general del derecho¹². Ahora bien, la visión europea del principio de proporcionalidad ha traspasado las fronteras y hoy en día se encuentra desarrollada en otros contextos como el sistema interamericano y el sistema africano de derechos humanos¹³, el órgano de diferencias –ORD- de la Organización Mundial de Comercio-OMC-¹⁴ y recientemente en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones –CIADI-, generando un diálogo entre jueces de diferentes regiones y contextos.

En el caso del arbitraje en el CIADI, éste se ha inspirado de la práctica del TJUE y del TEDH sobre control de proporcionalidad para revisar la legalidad de las decisiones públicas que limitan los derechos de los inversionistas. De esta forma, el principio de

⁸ 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 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.

⁹ SUDRE Frédéric, *Droit Européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 13ava edición, 2016, 1005 p.

¹⁰ Especialmente a partir de la decisión “*Handyside v. the UK*”, sentencia de 7 de diciembre de 1976, Series A, no. 24. FASSBENDER Bardo, “*El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”. Cuadernos de derecho público. No. 5, sept-dic 1998.

¹¹ Para efectos de esta presentación, entendemos como jurisprudencia europea ó principio de proporcionalidad europeo, la práctica del TJUE y la del TEDH.

¹² Ver STONE SWEET Alec & DELLA CANANEA Gianluca, “Proportionality, General Principles of Law”, pp. 919-920.

¹³ El diálogo de jueces entre Cortes internacionales de derechos humanos muestra la influencia del TEDH en otros sistemas regionales así como la emergencia de una jurisprudencia global emergente. Al respecto ver HENNEBEL Ludovic, “Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme” en *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université Libre de Bruxelles. Bruylant, 2007. pp. 32-76.

¹⁴ La doctrina ha comparado la práctica de la jurisprudencia europea con la del ORD de la OMC. Entre otros ver: 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.

proporcionalidad obtiene un lugar en los laudos arbitrales del CIADI¹⁵, a pesar de tratarse de un principio que no hace parte de las cláusulas y estándares propios del derecho internacional de inversiones. Este es un ejemplo de la posibilidad que el diálogo entre jueces de dominios jurídicos diferentes aporte a la coordinación del derecho internacional¹⁶ (I). Sin embargo, las particularidades del derecho internacional de inversiones y del principio de proporcionalidad hacen que ese diálogo inicial sea cada vez menos persuasivo y más limitado a las características del pluralismo del derecho internacional (II).

I. Una pretendida coordinación del derecho internacional

Ante la multiplicidad de normas y organismos judiciales a nivel internacional, surge la necesidad de una cierta regulación u orden del derecho internacional¹⁷. Para ello, el diálogo de jueces parece ser un instrumento adecuado pues permite el “juego de influencias cruzadas, o entrecruzamientos, podríamos decir, para marcar la reciprocidad de un conjunto al otro, de una institución a la otra, incluso de una Corte suprema a otra”¹⁸ (A). La trasposición del principio de proporcionalidad desarrollado por las Altas Cortes Europeas en el contexto de las inversiones internacionales parece ser una evidencia de ello (B).

A. El diálogo de jueces y la coordinación del derecho internacional

Según el diccionario de la Real Academia Española, el diálogo es una plática entre dos o más personas, que alternativamente manifiestan sus ideas¹⁹. El diálogo de jueces representa “el hecho que los jueces se citen entre ellos en las decisiones”²⁰; puede desarrollarse entre dos o más jueces, siendo “tri-vía, incluso *multidimensional*”²¹. Contrario a lo que usualmente se cree, el diálogo de jueces puede llevar tanto a la oposición, contradicción y discordia como al acuerdo y la concordia²².

Para algunos, el diálogo no aporta ni al orden ni a la coherencia del derecho internacional, toda vez que los intercambios entre jueces generalmente son parciales y conflictivos²³. Para

¹⁵ El principio de proporcionalidad propio de la jurisprudencia europea existe en el derecho internacional de inversiones de manera expresa y tácita, tal y como veremos más adelante.

¹⁶ Si bien existe un diálogo entre el TJUE y el TEDH sobre la aplicación del principio de proporcionalidad, nos limitaremos al intercambio entre cada uno de esos órganos y el CIADI.

¹⁷ CLAEYS-BROUTIN Odile, “*Le pluralisme juridique international: contribution des juges internationaux a 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.

¹⁸ Traducción directa del francés: “*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*” M. DELMAS-MARTY, « Les processus de mondialisation du droit », en: *Le droit saisi par la mondialisation*, bajo la dirección de Ch.-A. Morand, ULB-Helbing & Liechtenhahn Verlag, Bruxelles-Genève, 2001, p.477.

¹⁹ Definición disponible en la página web: www.rae.es

²⁰ ALLARD, J. “Le dialogue de juges dans la mondialisation” en: *Le dialogue des juges*. Cahiers de l’Institut d’études sur la Justice, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 77

²¹ 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.

²² *Ibidem*.

²³ Entre otros, ALLARD J. et GARAPON A, *Les juges dans la mondialisation, La nouvelle révolution du droit*, Seuil, Paris, 2005, p. 94.

otros, gracias al diálogo entre jueces internacionales emerge un “nuevo orden mundial” incluso un “derecho común”²⁴.

De cualquier forma, la insuficiencia de las normas del derecho internacional ante la constante evolución de la sociedad internacional, llevan a que el juez haga uso de los principios generales del derecho, y de esta manera complemente el derecho internacional²⁵. Si al momento de aplicar los principios, se reconoce la práctica de otros jueces, se da comienzo a un diálogo favorecedor de una coordinación judicial del derecho internacional.

En el caso del principio de proporcionalidad, más allá del inacabado diálogo entre el TJUE y el TEDH, pareciera establecerse un diálogo persuasivo entre la jurisprudencia de éstas Altas Cortes Europeas y el CIADI. Especialmente porque éste último Tribunal reconoce de manera explícita e implícita los desarrollos del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia europea.

B. La transposición del principio de proporcionalidad a la jurisprudencia del CIADI.

Ante la crisis de legitimidad que sufría el derecho internacional de inversiones²⁶, y de la insuficiencia en los acercamientos conceptuales de los expertos en el área, los tribunales de arbitraje internacional de inversiones han hecho uso de los principios generales del derecho público, tales como la proporcionalidad, para lograr decisiones más racionales y coherentes²⁷. Según Schill & Kingsbury, el principio de proporcionalidad “puede proveer una vía para contrarrestar los riesgos del aislamiento clínico del derecho internacional de inversiones y construir un grado de coherencia en los aspectos de un orden económico internacional”²⁸. En efecto, el CIADI, ha tenido en cuenta la experiencia de las Altas Cortes Europeas en materia de proporcionalidad²⁹.

²⁴ Especialmente en los autores: A.-M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, 2004. 368 p. & M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel*, Le Seuil, Paris, 2004, p.414.

²⁵ JOUANNET E, « L'ambivalence des principes généraux face au caractère étrange et complexe de l'ordre juridique international », en: *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, bajo la dirección de R. Huesa-Vinaixa et K. Wellens, Bruylant, Bruxelles, 2006, p.136.

²⁶ Ver: Leonhardsen Erlend, ‘Looking for Legitimacy: Exploring Proportionality Analysis in Investment Treaty Arbitration’, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3, No. 1., Oxford, 2011.

²⁷ Para Susy Nikiema, la transposición del principio de proporcionalidad al derecho internacional de inversiones fue sugerida por la doctrina antes de ser aplicada por los tribunales de arbitraje. NIKIEMA H. Susy, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Paris, PUF, 2012, p. 257. Al respecto ver: Thomas Waelde and Abha Kolo, “Environmental Regulation, Investment Protection and Regulatory Taking in International Law” en: *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 50. No. 811, 2001. pp. 827-835.

²⁸ Traducción directa del texto: “it 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”. KINGSBURY Benedict & SCHILL Stephan « Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest - the Concept of Proportionality », en *International investment law and comparative public law*, 2010, p. 104.

²⁹ De hecho, antes del CIADI, el Tribunal NAFTA-CNUDMI ya aplicaba algunos elementos del control proporcionalidad europeo. Ver decisiones: *Feldman vs Mexico*; *S.D. Myers v Canada*, *Pope & Talbot v Canada*.

Así lo vemos en la decisión *Tecmed vs. México*³⁰ en donde se hace referencia expresa a decisiones del TEDH para justificar el análisis de proporcionalidad. En este caso, los árbitros del CIADI decidieron sobre la compensación de una medida de expropiación indirecta creada por el gobierno mexicano y que consistía en la no renovación de la licencia de explotación a la Empresa española Técnicas medioambientales TECMED S.A. Los árbitros del CIADI, confirmaron que se estaba frente a una medida de expropiación indirecta, teniendo en cuenta, en otros argumentos, el análisis del TEDH en la decisión *Matos e Silva Ltda y otros Vs Portugal*³¹. Luego, con base en la misma decisión de la Alta Corte Europea, el CIADI consideró apropiado estudiar la proporcionalidad de la medida del Estado mexicano en relación con las exigencias del interés público presuntamente tutelado a través de la misma y la protección legalmente debida a la empresa Tecmed en relación con su inversión, sin olvidar que la magnitud de dicho impacto juega un rol de peso al juzgar acerca de dicha proporcionalidad³². Para el CIADI, “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”³³, basándose en las decisiones del TEDH: *Mellacher y otros Vs. Austria*³⁴ y *Pressos Compañía Naviera y otros Vs Belgica*³⁵. Finalmente, el Tribunal cita dos apartes de la decisión del TEDH: *James y otros Vs Reino Unido*³⁶, en los que se hace referencia a la proporcionalidad, *stricto sensu*, así como a la vulnerabilidad del inversor extranjero frente al poder público del Estado anfitrión³⁷. Con base en este análisis, y otros elementos del caso, el CIADI concluyó que la decisión de no renovar el permiso de explotación a la Empresa Tecmed no era necesaria para alcanzar el fin perseguido y que al contrario había limitado de manera excesiva los derechos del inversionista³⁸.

Igualmente, en otras decisiones, el CIADI ha tenido en cuenta, la decisión *Tecmed* y por tanto, de manera tácita, el análisis de proporcionalidad del TEDH. Por ejemplo, en los casos contra el gobierno de Argentina³⁹: decisión *LG&E Energy Corp.*⁴⁰, donde el CIADI consideró que era necesario analizar la proporcionalidad entre el grado de interferencia al derecho de propiedad del inversionista y el poder del Estado anfitrión para tomar esa medida, teniendo en cuenta el contexto en el que fue tomada, así como el fin buscado por el

³⁰ CIADI, Laudo arbitral del 29 de mayo de 2003, *Técnicas medioambientales TECMED S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*, caso No. ARB (AF)/00/2.

³¹ Sentencia del TEDH del 16 de septiembre de 1996, parágrafo 92.

³² Ver página 49 parágrafo 116 y página 51 parágrafo 120.

³³ Página 52, parágrafo 122.

³⁴ TEDH, sentencia del 19 de diciembre de 1989, parágrafo 48, página 24.

³⁵ TEDH, sentencia del 20 de noviembre de 1995, parágrafo 38, página 19.

³⁶ TEDH, setencia del 21 de febrero de 1986, parágrafo 50 páginas 19 -20.

³⁷ Op.cit. nota 34.

³⁸ Posteriormente, la decisión TECMED ha sido citada por el CIADI para la aplicación del principio de proporcionalidad aunque no de manera constante.

³⁹ Debido a las medidas de emergencia económica tomadas por el gobierno para hacer frente a la crisis económica de 2001-2002, que terminaron afectando el capital de varias empresas internacionales.

⁴⁰ CIADI, Laudo arbitral del 3 de Octubre de 2006, *LG&E Energy Corp Vs República de Argentina*, caso No. ARB/02/1.

Estado anfitrión. Del mismo modo, en las decisiones *El paso*⁴¹ y *Continental Casualty*⁴², el Tribunal declaró que no podían considerarse expropiatorias las medidas estatales legítimas, proporcionales y razonables. Otras decisiones siguen el mismo razonamiento, tales como, las decisiones contra México: *Archer Daniels*⁴³ y *Fireman's Fund*⁴⁴ y la decisión

Aunque la jurisprudencia del TJUE en materia de análisis de proporcionalidad no ha sido reconocida de manera expresa por el CIADI, éste último, en varias de sus decisiones sobre violación del tratamiento justo y equitativo, aplica el control de proporcionalidad desarrollado por aquél, en uno o varios de sus componentes. Así se puede observar en las decisiones: *Total Vs Argentina and Glamis Gold v U.S.*, en las que el CIADI revisó la adecuación, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu* de la medida estatal contra los intereses del inversionista. En las decisiones *Suez and InterAgua Vs República de Argentina*⁴⁵ y *Vivendi and AWG Vs Argentina*⁴⁶, se revisa la necesidad de la medida y en la decisión *The EDF Vs Romania*⁴⁷ se estudia la proporcionalidad *stricto sensu*.

Cabe agregar que, para los defensores del principio de proporcionalidad en el arbitraje de inversiones, la jurisprudencia del TJUE y del TEDH es muy útil para el CIADI pues ambas Cortes cuentan con experiencia en la revisión de litigios sobre las medidas públicas que afectan derechos e intereses individuales así como en el tratamiento deferencial a la autonomía estatal en el contexto del derecho de propiedad y la libre circulación de bienes y mercancías⁴⁸.

Además, varios autores están de acuerdo con las ventajas que trae la aplicación del principio de proporcionalidad en las decisiones arbitrales de inversiones. Por una parte, les proporciona a una estructura analítica transparente en la evaluación de los intereses públicos y privados. Por otra parte, las legitima pues muestra la manera como el Tribunal forjó sus argumentos de base, de cara a las inquietudes sobre la calidad y coherencia del razonamiento judicial de los tribunales de arbitramento. Finalmente, permite que la

⁴¹ CIADI, Laudo arbitral del 31 de Octubre de 2011, *El Paso Energy International Company Vs República de Argentina*, caso No. ARB/03/15.

⁴² CIADI, Laudo arbitral del 5 de Septiembre de 2008, *Casualty Vs República de Argentina*, Caso No. ARB/03/09.

⁴³ CIADI Laudo del 21 de Noviembre de 2007, *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. Vs Estados Unidos de México*, caso No. ARB (AF)/04/5.

⁴⁴ CIADI, Laudo del 17 de Julio de 2006, *Fireman's Fund Insurance Company v Estados Unidos de Mexico*, caso No. ARB(AF)/02/01.

⁴⁵ CIADI, decisión del 30 de julio de 2010, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. Vs República de Argentina*, caso No. ARB/03/17.

⁴⁶ CIADI, decisión del 30 de julio de 2010, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. & AWG Group Vs la República de Argentina* caso No. ARB/03/19.

⁴⁷ CIADI, Laudo del 8 de Octubre de 2009, *EDF(Services) Limited Vs Romania*, caso No. ARB/05/13

⁴⁸ Entre otros ver: 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, p. 242-243. En relación con el control de la necesidad que el CIADI realiza a partir de la jurisprudencia del TJUE, ver : 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

decisión sea más comprensible y sujeta al escrutinio público⁴⁹.

Así las cosas pareciera que la aplicación del principio de proporcionalidad y de la influencia europea es una evidencia del diálogo persuasivo entre el TEDH-TJUE y el CIADI. Un diálogo que comienza con la intervención de las Altas Cortes Europeas, quienes presentan al mundo el desarrollo jurisprudencial del principio de proporcionalidad, frente al cual el CIADI responde con una adhesión expresa y tácita, en la motivación de sus decisiones.

Sin embargo, la influencia del principio de proporcionalidad europeo sobre las decisiones del CIADI, se ve cada vez más limitada. El diálogo parece interrumpido, llevándonos a cuestionar la existencia misma de un diálogo persuasivo, especialmente en el actual contexto de multiplicidad de sistemas jurídicos a nivel internacional.

II. Los límites aportados por el pluralismo jurídico

Además de los ejemplos presentados en la primera parte de esta exposición, el principio de proporcionalidad no ha tenido un desarrollo jurisprudencial importante en las decisiones del CIADI, en comparación con el que sí ha tenido en la jurisprudencia del TEDH y TJUE. Esto puede explicarse por la existencia de un pluralismo jurídico a nivel internacional.

El pluralismo jurídico es un fenómeno que ha recibido una importante acogida en la doctrina del derecho internacional público⁵⁰. Esta teoría reúne fenómenos diferentes y por tanto cuenta con múltiples definiciones. Para efectos de la presente exposición, entenderemos por pluralismo jurídico, la existencia de varios sistemas jurídicos que coexisten en un mismo momento, así ellos establezcan o no relaciones de derecho, y que cada uno de ellos tenga o no una coherencia propia⁵¹. Esto se evidencia en la multiplicidad de Cortes y Tribunales regionales e internacionales que toman decisiones sobre el mismo tema con interpretaciones diferentes, sin que necesariamente se establezca un diálogo incluyente y respetuoso entre ellos.

⁴⁹ Entre otros: HAN Xiuli, “The Application of the Principle of Proportionality in *Tecmed v. Mexico*”, *Chinese Journal of International Law*, Vol.6, No. 635, 2007; KROMMENDIJK Jasper and MORIJN John, “Proportional’ by What Measure(s)? Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor-State Arbitration”, en DUPUY Pierre-Marie, PETERSMANN Ernst-Ulrich and FRANCONI Francesco (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford: Oxford University Press, 2009; STONE SWEET Alec, “Investor-State Arbitration: Proportionality’s New Frontier”, *Law and Ethics of Human Rights* Vol. 4, No.47, (2010); LEONHARDSEN Erlend, “Looking for Legitimacy: Exploring Proportionality Analysis in Investment Treaty Arbitration”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, 2011.

⁵⁰ Varios autores se han dedicado a la cuestión. Entre otros: CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, PUF, Paris, 1978, 423 p.; P.-M. DUPUY, « Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international » en: LAGHMANI Slim & ACHOUR Râfaa, *Harmonie et contradictions en droit international*, Pédone, Paris, 1996, 346 p.; Vanderlinden Jacques, *Les pluralismes juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 2003, 407 p.

⁵¹ Siguiendo la definición proporcionada por VAN de KERCHOVE M, « Les rapports entre systèmes juridiques : entre clôture et ouverture », en: BERGEL J.-L (dir), *Actos del octavo Congreso de la Asociación internacional de metodología jurídica*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-Marseille, 2005, p.39.

Bajo esta perspectiva, observamos como, la especificidad del sistema CIADI, crea un escenario desfavorable para el diálogo consistente entre éste y el TJUE-TEDH, en relación con el principio de proporcionalidad (A). Del mismo modo, la multiplicidad de órganos judiciales, y por tanto de interpretaciones distintas a nivel internacional, interrumpe el diálogo iniciado entre las Altas Cortes Europeas y el CIADI (B).

A. La especificidad del sistema CIADI y el principio de proporcionalidad

El derecho de inversiones internacionales es un área especial del derecho internacional económico, con reglas específicas, como las que rigen a los Tribunales de arbitramento. El CIADI es un organismo creado por la Convención de Washington del Banco Mundial, el 18 de marzo de 1965, para la protección y la garantía de la inversión extranjera⁵². Tiene como propósito prestar servicios de conciliación y arbitraje a los Estados partes y nacionales de otros Estados partes y además cuenta con un reglamento administrativo, financiero y reglas procesales aplicables a la conciliación y al arbitraje⁵³. En cuanto a su funcionamiento, el Tribunal es un órgano de única instancia, es decir que además del proferir el laudo arbitral resuelve los recursos de complementación, rectificación, aclaración y revisión del mismo. Una vez el laudo queda ejecutoriado debe ser cumplido obligatoriamente, en todas sus partes, y de forma inmediata, como si se tratara de una sentencia dictada por uno de los tribunales nacionales. El CIADI sólo tiene competencia para decidir sobre un caso de “inversiones”, definición que generalmente se incluye en el TBI, sino, es objeto de aclaración dentro del laudo arbitral.

Más allá de las discusiones sobre el carácter jurisdiccional de las decisiones de Tribunales como el CIADI⁵⁴, el CIADI se ha convertido en el intérprete ineludible de la norma internacional de inversiones, bien sea de origen convencional -los Tratados Bilaterales de Inversión – TBI y la Convención de Washington-, como la costumbre, ó decisoines fruto de actos unilaterales estatales que contrarían los intereses de los inversionistas.

Sin embargo, no cuenta con una metodología de interpretación clara. Esto se debe de una parte, a la ausencia de un marco normativo propicio para la unidad metodológica. Por otra parte, las normas internacionales relativas a las inversiones se caracterizan por una imprecisión tal que permiten al árbitro un amplio margen de interpretación⁵⁵. De ahí que sea difícil identificar una posición consistente sobre la aplicación de principios. Para Frank Latty: “Siempre parece que la sentencia pregona el desarrollo de una ley especial de la responsabilidad internacional en materia de inversiones, lo que muestra que la unidad del

⁵² Ver REDFERN Alan, HUNTER Martin, BLACKABY Nigel & PARTASIDES, Constantine, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet and Maxwell, cuarta edición, Londres, 2004. p.55.

⁵³ La Convención y los Reglamentos del CIADI, 15 de Abril 2006. Washington, D.C. E.U.A. Disponible en internet.

⁵⁴ PELLET Alan, “The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration” *ICSID Review*, Vol. 28, No. 2 (2013), pp. 223–240.

⁵⁵ LATTY Franck, “Les techniques interprétatives du CIRDI” en: *les techniques interprétatives de la norme internationale*, *RGDIP*, Tomo 115, No. 2, Ediciones Pedone, Paris, 2011,

derecho internacional hace menos parte de las preocupaciones del Tribunal que el desarrollo del derecho internacional”⁵⁶.

Del mismo modo, el CIADI en sus decisiones puede inspirarse en decisiones anteriores pero no está obligado a seguir un precedente jurisprudencial. Así lo ha expresado en la decisión *Fireman's Fund Insurance Company* donde ha expresado que “los laudos arbitrales no constituyen precedente obligatorio”⁵⁷, lo que impide la permanencia coherente el diálogo iniciado con otras Altas Cortes como la europea.

En cuanto al rol del principio de proporcionalidad en el derecho internacional de inversiones, éste no hace parte de las reglas especiales del CIADI. De hecho, éste sistema específico cuenta con una serie de principios o estándares especiales para la resolución de los litigios bajo su estudio tales como: el tratamiento justo y equitativo ó la no discriminación, aplicados constantemente por el CIADI en su jurisprudencia. En cambio, el principio de principio de proporcionalidad es un principio general del derecho, que al igual que otros, se caracteriza por ser transitorio y supletivo. Es transitorio puesto que puede nacer o convertirse en costumbre internacional y es supletivo porque sólo es aplicado en caso de ausencia de otra fuente más formal⁵⁸. Así lo establece el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia-CIJ cuando posiciona los principios generales del derecho por debajo de las convenciones y la costumbre⁵⁹. Esto es confirmado por el artículo 42.1 de la Convención del CIADI que 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”⁶⁰. Así las cosas, la jurisprudencia del CIADI no está obligada a respetar un principio institucional de proporcionalidad como es el caso del TJUE.

Lo anterior nos permite deducir las restricciones presentadas en el sistema CIADI para la sucesiva aplicación del principio de proporcionalidad, restricción que impide mantener un diálogo consistente con otras Altas Cortes como las europeas. Además de lo anterior, otros factores relacionados con la aplicación del principio de proporcionalidad en la

⁵⁶ *Ibidem*, p. 479. Traducción libre del texto: “Toujours est-il que la sentence semble prôner le développement d’une lex specialis de la responsabilité internationale en matière d’investissement, ce qui montre que l’unité du droit international fait moins partie des préoccupations du tribunal que le développement du droit des investissements”.

⁵⁷ CIADI, *Fireman's Fund Insurance Company c. Mexique*, Op.cit. 44.

⁵⁸ CARREAU Dominique & MARRELLA Fabrizio, « Les principes généraux du droit », in *Droit international*, Paris, Pedone, 2012, 11^{ème} édition, p. 329.

⁵⁹ El Art. 38, del Estatuto de la CIJ, establece: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: **a.** las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; **b.** la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; **c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas**; **d.** las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo conviniere

⁶⁰ Artículo 42.1 de la Convención de Whashington, Op.cit. 54.

jurisprudencia del CIADI impide la consistencia y permanencia del diálogo entre el CIADI y el TJUE y el TEDH.

A. Las particularidades del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del CIADI

Como ya sabemos, el principio de proporcionalidad tiene una noción plurívoca y proteica, cambiando de forma y contenido según el área del derecho internacional público de que se trate. Vemos como se aplica el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia sobre responsabilidad estatal por el hecho internacionalmente ilícito, a través del análisis de la necesidad de la medida. Igualmente es reconocido por la Comisión de Derecho Internacional-CDI, de las Naciones Unidas, para el control de contramedidas armadas y no armadas⁶¹. Del mismo modo, lo encontramos aplicado en la jurisprudencia internacional marítima, internacional humanitaria, internacional de los derechos humanos y por el ORD de la OMC⁶².

Esto conlleva a una diversidad de interpretaciones del principio de proporcionalidad. Así las cosas, los Tribunales internacionales de inversiones como el CIADI, cuentan con una amplia gama de visiones a partir de la cual dan aplicación al principio de proporcionalidad en las inversiones internacionales. De ahí, que sea cada vez más difícil sentirse persuadido por la jurisprudencia del TEDH y del TJUE y más fácil entrar en diálogo con otras Cortes. Por ejemplo, el diálogo entre el CIADI y la Corte Internacional de Justicia-CIJ, donde ésta última ha influenciado varias de las decisiones de proporcionalidad de aquella, especialmente en relación con el análisis de la necesidad de la medida, en el marco de la responsabilidad estatal de los Estados⁶³.

Cabe agregar que, buena parte de la doctrina no apoya la aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del CIADI, por varias razones. La primera, en relación con *the dark sides of proportionality*⁶⁴. En efecto, el análisis de proporcionalidad es altamente discutido en los casos en que no es claro si el objetivo de la medida es legítimo, desacuerdo sobre si hay otros medios para alcanzar el fin o cuando se hizo un análisis de proporcionalidad altamente intrusivo⁶⁵. Los autores consideran que la aplicación

⁶¹ El artículo 51 del proyecto de artículos de la CDI, establece: “Las contramedidas deben ser proporcionales al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y los derechos en causa”. Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito. Anuario C.D.I., 2001, vol. II, p. 31.

⁶² Especialmente con dos decisiones: *Estados Unidos Vs Pakistan*, decisión del Órgano de Apelación, del 8 de octubre de 2001, WT/DS192/AB/R, párrafos 119-120 y *Estados Unidos Vs Corea*, del 15 de febrero de 2002, WT/DS202/AB/R, párrafo 257.

⁶³ Notablemente las decisiones de la CIJ: *Factory at Chorzów*; *Elsi*; *Gabcikovo-Nagymaros* y *Barcelona Traction*, aplicada en variada jurisprudencia del CIADI, al respecto ver: PELLET, Op.cit. nota 54. FOURET Julien & KHAYAT Dany, Centre International pour le Règlement Des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI), Revue québécoise de droit international, No. 20, Vol.1, Québec, 2007 pp. 309-426.

⁶⁴ BÜCHELER Gebhard, *Proportionality in Investor-State Arbitration*, New York, Oxford University Press, 2015, p. 66.

⁶⁵ Las críticas comenzaron en materia de derecho constitucional, entre otros: HABERMAS Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, The MIT Press, Cambridge, 1996, 256-60. Ver también TSAKYRAKIS, Stavos ‘Proportionality: An assault on human rights?’, Vol. 7 No. International Journal of Constitutional Law, 2009; Basak Çali, ‘Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and

de éste principio podría incentivar la legislación judicial, toda vez que el principio es neutro, sólo le presenta al juez un marco de análisis, lo que le da libertad a éste para determinar si una medida es o no desproporcionada. Del mismo modo, la aplicación de éste principio puede llevar a la toma de decisiones arbitrarias puesto que, ante la ausencia de un sistema de valores unitario a nivel internacional, el árbitro de inversiones cuenta con un amplio margen de proporcionalidad para la atribución del peso a los derechos o intereses en conflicto. Según Burke-White y Von Staden, el análisis de proporcionalidad “puede ser un mecanismo ideal para el balance judicial pero sólo dentro de un marco constitucional”⁶⁶.

La segunda, tiene que ver con la práctica del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del CIADI. De hecho, consideran que las decisiones que han aplicado el principio de proporcionalidad no le dan un tratamiento deferente a la decisión del Estado anfitrión, lo que resulta incorrecto, puesto que el CIADI no cuenta con la legitimidad democrática de la autoridad que toma la decisión; las autoridades estatales han tenido los recursos, experiencia y acceso a las pruebas de forma mas completa que los árbitros CIADI y éste Tribunal no tiene el arraigo del Estado anfitrión para razonar las decisiones en nombre del interés público⁶⁷.

La tercera, sobre la influencia del principio de proporcionalidad europeo en la jurisprudencia del CIADI. Para varios autores, ni el TEDH ni TJUE son los portadores de prácticas coherentes y bien articuladas en el uso del análisis de proporcionalidad. De hecho, el primero es criticado por pronunciarse, sin expresar en todas las ocasiones, el peso concedido a los intereses encontrados⁶⁸ y el segundo es criticado por mostrar deferencia de manera imprecisa e incoherente⁶⁹. Para Susy NIKIEMA, la transposición del principio de proporcionalidad europeo al CIADI es inadaptada, el cuerpo jurídico del derecho europeo « no es fácilmente transposable al derecho internacional de inversiones que reposa sobre una red tan densa que compleja de tratados bilaterales de inversión (a menudo comparado con un bol de espaguetis) y un sistema poco armonizado de resolución de diferencias »⁷⁰

Proportions”, *Human Rights Quarterly*, Vol 29, 2007.

⁶⁶ BURKE-WHITE William & VON STADEN Andreas, “The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations” en SCHILL Stephan, éd., *International Investment Law and Comparative Law*, Oxford, 2010, p. 717. Stephan W. Schill, ‘Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-conceptualizing the Standard of Review through Comparative Public Law,’ Society of International Economic Law Working Paper No. 2012/33;

⁶⁷ Entre otros: ELLIOTT Mark, “Proportionality and Deference: The Importance of a Structured Approach”, en: FORSYTH Christopher, y otros (éditeurs), *Effective Judicial Review: A Cornerstone of Good Governance*, University Press, Oxford, 2010; 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.

⁶⁸ McHarg Aileen, “Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty” in *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *Modern Law Review*, 1999; ANDERSON David, “Compensation for Interference with Property”, *European Human Rights Review*, 1999.

⁶⁹ Ver: CRAIG Paul, *EU Administrative Law*, Oxford, University Press, 2006. GERARDS Janneke “Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine”, *European Law Journal*, 2011.

⁷⁰ Traducción libre. NIKIEMA H. Susy Op.cit, p. 265.

Conclusiones

El diálogo de jueces se presenta de muchas formas, sin seguir una vía trazada con anterioridad. El diálogo puede ser multidimensional, es decir que puede presentarse entre jueces de contextos jurídicos distintos, regiones distintas e incluso presentarse entre más de dos Tribunales. En el marco del pluralismo jurídico, existente en el plano internacional, el diálogo exige un esfuerzo particular para los jueces pues implica la existencia de muchos interlocutores e inevitablemente la pluralidad de interpretaciones. Si se pretende la buena administración de justicia, es necesario que el juez pueda integrar los desacuerdos al razonamiento y tener en cuenta la alteridad con sus homólogos⁷¹.

También es cierto que el pluralismo jurídico tiene impactos importantes sobre el diálogo de jueces, pues permite al juez citar sólo algunos argumentos de sus homólogos internacionales, ó tomar partes de los sistemas jurídicos extranjeros, siguiendo el *forum shopping*⁷². Al contrario, el diálogo tiene impactos positivos sobre el pluralismo jurídico pues permite la comparación del sistema propio con otros, la circulación de ideas entre diferentes jurisdicciones internacionales, que concierne no sólo la jurisprudencia sino también las normas de derecho internacional⁷³.

Siguiendo una imagen alterada del diálogo, creemos que con él se va a llegar a un consenso o compromiso⁷⁴. En realidad no pretende alcanzar la uniformidad o unidad. Su fuerza está justamente en poder seguirse hasta el infinito, sin que la intervención de un acuerdo sea necesaria⁷⁵. En ese orden de ideas, consideramos que, para que el diálogo entre jueces, sea persuasivo, en el contexto del pluralismo jurídico actual, requiere de un intercambio constante, una discusión permanente. La indiferencia interrumpe el ejercicio persuasivo, incluso el diálogo en sí mismo.

Si bien el diálogo entre las Altas Cortes Europeas y el CIADI no siempre ha sido pacífico⁷⁶, en el caso bajo estudio, se observa el inicio de un diálogo con la incorporación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del CIADI a la luz de los desarrollos del TJUE y del TEDH, mostrándose como un ejemplo de la pretendida coordinación del derecho internacional. Aunque aún no está claro la forma específica que debe tomar el diálogo para que éste sea influyente o favorecedor de una coherencia del derecho internacional si

⁷¹ ALLARD, J. Op.cit., p. 76

⁷² ZOLLER E, « La première constitution d'une chambre spécialisée par la CIJ », RGDIP, 1982, p.305

⁷³ FRYDMAN B, « Le dialogue des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », en: *Le dialogue des juges*, Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, Bruylant, Bruxelles, 2007, p.147-166.

⁷⁴ No estamos de acuerdo con la posición de HABERMAS, para quien el diálogo lleva a un acuerdo ó lo pretende. HABERMAS Jürgen, *De la etica de la discusión*. Flammarion, Paris, 1991.

⁷⁵ ALLARD, Op.cit. p. 82.

⁷⁶ Especialmente en materia de competencia exclusiva para la resolución de conflictos de inversiones internacionales, donde la relación entre los Tribunales ha sido de indiferencia mutua. Al respecto ver: REEVES Joseph, "La relation entre le CIRDI et la CJUE : indifférence mutuelle ?", *Geneva Jean Monnet Working Paper*, No. 23, 2016, disponible en: <http://www.ceje.ch/fr>.

encontramos referencias expresas y tácitas del principio de proporcionalidad desarrollado por la jurisprudencia europea en las decisiones del CIADI.

Sin embargo, también pudimos constatar que el pluralismo jurídico influye negativamente en el diálogo inicial, por lo menos en la influencia o persuasión del mismo. Esto lo pudimos constatar en las particularidades del sistema CIADI que impiden la continuidad de los diálogos, lo que hace parte de la especificidad del derecho de inversiones, reivindicado por el pluralismo jurídico. Del mismo modo, el pluralismo jurídico refleja las múltiples interpretaciones que tiene el principio de proporcionalidad, así como la libertad de aplicación de aquella visión que le parezca más conveniente al CIADI ó *forum shopping*, sin contar con la poca aceptación doctrinal del principio y su aplicación en la jurisprudencia de los tribunales internacionales de arbitramento. Todo esto, juega en contra de un diálogo consolidado, permanente y coherente, y por tanto interrumpen lo que en un inicio parecía un ejercicio persuasivo de las Altas Cortes Europeas sobre el CIADI.

En últimas, podemos afirmar que si bien en éste caso no se mantuvo un diálogo persuasivo entre los tribunales, si se inició el mismo con una clara influencia de la jurisprudencia europea sobre la jurisprudencia del CIADI. Ni la indifirencia posterior, ni las particularidades del sistema CIADI y del principio de proporcionalidad significan que el diálogo haya terminado, de hecho la puerta sigue abierta para que el mismo se siga presentando a futuro. Sin pretender la unidad o uniformidad del derecho, el diálogo de jueces, con las pausas que pueda presentar, puede llegar a favorecer una eventual coordinación del derecho internacional público.

Referencias Bibliográficas

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-Sorbona, 2013. 547 p.

GALETTA Diana Urania, « Le principe de proportionnalité », en *Traité de droit administratif européen*, segunda edición, bajo la dirección de Jean-Bernard AUBY y otros. Colección « Droit Administratif », Bruylant, 2014, pp. 501-526

SCHWARZE Jürgen, “Le principe de proportionnalité”, en AUBY Jean-Bernard (éd.) *Le droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, segunda edición, “Collection Droit Administratif”, pp. 721-911.

HARBO Tor-Inge, “The function of proportionality analysis in European Law”, Boston, Brill Nijhoff, volume 8, 2015, 331 p.

SUDRE Frédéric, *Droit Européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 13ava edición, 2016, 1005 p.

FASSBENDER Bardo, “*El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”. Cuadernos de derecho público. No. 5, sept-dic 1998, pp. 51-73.

Ver STONE SWEET Alec & DELLA CANANEA Giacinto “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

HENNEBEL Ludovic, “ Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l’homme” en *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l’Université Libre de Bruxelles. Bruylant, 2007. pp. 32-76.

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.

CLAEYS-BROUTIN Odile, “Le pluralisme juridique international: contribution des juges internationaux a 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.

M. DELMAS-MARTY, « Les processus de mondialisation du droit », en: *Colloque: Le droit saisi par la mondialisation*, bajo la dirección de MORAND Ch.-A y otros, Institut universitaire Kurt Bösch (Sion) Bruxelles-Genève, 2001.

ALLARD, J. “Le dialogue de juges dans la mondialisation” en: *Le dialogue des juges. Cahiers de l’Institut d’études sur la Justice*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp.77-91.

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, pp. 95-130.

ALLARD J. et GARAPON A, *Les juges dans la mondialisation, La nouvelle révolution du droit*, Seuil, Paris, 2005, 206 p.

SLAUGHTER A.-M., *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, 2004. 368 p.

DELMAS-MARTY M., *Le relatif et l’universel. Les forces imaginaires du droit*. Le Seuil, Paris, 2004, 446 p.

JOUANNET E, “L’ambivalence des principes généraux face au caractère étrange et complexe de l’ordre juridique international, en: *L’influence des sources sur l’unité et la fragmentation du droit international*, bajo la dirección de R. Huesa-Vinaixa et K. Wellens, Bruylant, Bruxelles, 2006.

LEONHARDSEN Erlend, ‘Looking for Legitimacy: Exploring Proportionality Analysis in Investment Treaty Arbitration’, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3, No. 1., Oxford, 2011.

NIKIEMA H. Susy, *L’expropriation indirecte en droit international des investissements*, Paris, PUF, 2012.

WAEDELDE Thomas & KOLO Abha, “Environmental Regulation, Investment Protection and Regulatory Taking in International Law” en: *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 50. No. 811, 2001. pp. 827-835.

KINGSBURY Benedict & SCHILL Stephan « Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest - the Concept of Proportionality », en *International investment law and comparative public law*, 2010, p. 104.

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, p. 242-243.

ENGAN Luke, « In Search of Necessity : Congruence, Proportionality, and the Least-Restrictive Means in Investor-State Dispute Settlement », en : *Georgetown journal of international law*, vol.43,2, 2012, pp. 495-591.

HAN Xiuli, "The Application of the Principle of Proportionality in Tecmed v. Mexico", *Chinese Journal of International Law*, Vol.6, No. 635, 2007.

KROMMENDIJK Jasper and MORIJN John, "Proportional' by What Measure(s)? Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor-State Arbitration", en: DUPUY Pierre-Marie, PETERSMANN Ernst-Ulrich and FRANCIONI Francesco (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford: Oxford University Press, 2009

STONE SWEET Alec, "Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier", *Law and Ethics of Human Rights* Vol. 4, No.47, (2010); LEONHARSDEN Erlend, "Looking for Legitimacy: Exploring Proportionality Analysis in Investment Treaty Arbitration", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, 2011.

CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, PUF, Paris, 1978, 423 p.; P.-M. DUPUY, « Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international » en: LAGHMANI Slim & ACHOUR Râfaa, *Harmonie et contradictions en droit international*, Pédone, Paris, 1996, 346 p.

VANDERLINDEN Jacques, *Les pluralismes juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 2003, 407 p.

VAN de KERCHOVE M, « Les rapports entre systèmes juridiques : entre clôture et ouverture », en: BERGEL J.-L (dir), *Actos del octavo Congreso de la Asociación internacional de metodología jurídica*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-Marseille, 2005, p.39.

CARREAU Dominique & MARRELLA Fabrizio, « Les principes généraux du droit », in *Droit international*, Paris, Pedone, 2012, 11^{ème} édition, p. 329.

FOURET Julien & KHAYAT Dany, Centre International pour le Règlement Des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI), *Revue québécoise de droit international*, No. 20, Vol.1, Québec, 2007 pp. 309-426.

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

HABERMAS Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, The MIT Press, Cambridge, 1996, 256–60.

TSAKYRAKIS, Stavos 'Proportionality: An assault on human rights?', Vol. 7 No. *International Journal of Constitutional Law*, 2009.

BASAK Çali, "Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions", *Human Rights Quarterly*, Vol 29, 2007.

BURKE-WHITE William & VON STADEN Andreas, "The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations" en SCHILL Stephan, éd., *International Investment Law and Comparative Law*, Oxford, 2010, p. 717.

SCHILL Stephan, 'Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-conceptualizing the Standard of Review through Comparative Public Law,' *Society of International Economic Law Working Paper No. 2012/33*.

ELLIOTT Mark, "Proportionality and Deference: The Importance of a Structured Approach", en: FORSYTH Christopher, y otros (éditeurs), *Effective Judicial Review: A Cornerstone of Good Governance*, University Press, Oxford. 2010

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.

MCHARG Aileen, “Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty” in *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *Modern Law Review*, 1999.

ANDERSON David, “Compensation for Interference with Property”, *European Human Rights Review*, 1999.
¹ Ver: CRAIG Paul, *EU Administrative Law*, Oxford, University Press, 2006.

GERARDS Janneke “Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine”, *European Law Journal*, 2011.

ZOLLER E, « La première constitution d’une chambre spécialisée par la CIJ », *RGDIP*, 1982, p.305

FRYDMAN B, « Le dialogue des juges et la perspective idéale d’une justice universelle », en: *Le dialogue des juges*, Cahiers de l’Institut d’études sur la Justice, Bruylant, Bruxelles, 2007, p.147-166.

HABERMAS Jürgen, *De la etica de la discusión*. Flammarion, Paris, 1991.

REEVES Joseph, “La relation entre le CIRDI et la CJUE : indifférence mutuelle ?”, *Geneva Jean Monnet Working Paper*, No. 23, 2016, disponible en: <http://www.ceje.ch/fr>.