

La costumbre internacional en el Derecho de las Inversiones

Jorge E. Viñuales[†]

Este artículo explora cómo se expresa la soberanía estatal a través de la costumbre internacional en el ámbito regulatorio dominado por los tratados de inversión. Sostiene que, como la mayoría de los conceptos que expresan la soberanía estatal en el derecho internacional son generales (no específicos a una “rama” del derecho internacional) y parte de la costumbre internacional, entender incorrectamente el rol de la costumbre internacional en el derecho de las inversiones equivale a confinar la soberanía a unas pocas excepciones estrechas en los tratados de inversión. No obstante, las reglas consuetudinarias operan autónomamente y en paralelo a los tratados, a menos que sean excluidas específicamente por estos. El principio de *lex specialis* no exige necesariamente la exclusión in toto de las normas consuetudinarias relevantes.

[†] Jorge E. Viñuales es profesor Harold Samuel de Derecho y políticas públicas medioambientales en la Universidad de Cambridge en el Reino Unido. También es director del Centre for Environment, Energy and Natural Resource Governance en la misma institución. Ha publicado numerosos libros sobre derecho internacional público, derecho ambiental, derecho de las inversiones y arbitraje internacional. También ha participado en diversos casos frente al CIADI y asesora con regularidad a empresas, gobiernos, organizaciones internacionales y ONGs en materia de derecho ambiental, derecho de las inversiones, derechos humanos y derecho internacional público en general.

El artículo discute el trabajo del Institut de Droit International en este aspecto y, luego, analiza la jurisprudencia sobre el derecho de las inversiones en relación con la aplicación de la doctrina del poder de policía, el estado de necesidad, las contramedidas y las políticas públicas transnacionales. El artículo muestra que el hecho de que no se aborde específicamente la articulación entre los tratados y las normas consuetudinarias aun si estas últimas se aplican como *lex specialis* está erosionando sutilmente, sin fundamentos jurídicos claros, la expresión consuetudinaria de la soberanía en las disputas sobre inversiones extranjeras.

Palabras clave: Derecho consuetudinario, tratados bilaterales de inversión, soberanía, Institut de Droit International, doctrina del poder de policía, estado de necesidad, contramedidas, políticas públicas transnacionales

I. INTRODUCCIÓN

Una característica peculiar de la literatura en materia de derecho internacional de las inversiones y arbitrajes internacionales es que, a pesar de la considerable cantidad de materiales publicados, algunas cuestiones mayores siguen sin ser exploradas. En este contexto, la resolución de 2013 del Institut de Droit International (IDI) titulada *Legal Aspects of Recourse to Arbitration by an Investor against the Authorities of the Host State under Inter-State Treaties*¹ es bienvenida porque identifica, para muchas cuestiones fuertemente debatidas, qué es lo que el distinguido grupo de académicos que componen el IDI considera como una solución de consenso. Sin embargo, la resolución ha dejado

¹ *Legal Aspects of Recourse to Arbitration by an Investor against the Authorities of the Host State under Inter-State Treaties*, Resolución del 13 de septiembre de 2013, sesión de Tokio (“Resolución”); *Legal Aspects of Recourse to Arbitration by an Investor against the Authorities of the Host State under Inter-State Treaties*, Informe de A. Giardina, 18ava Comisión, Yearbook of the Institute of International Law, Tokyo Session 2013 – Draft Works (“Report”); *Legal Aspects of Recourse to Arbitration by an Investor against the Authorities of the Host State under Inter-State Treaties*, Travaux préparatoires, 18ava comisión (miembros: Alexandrov, Audit, Bastid-Burdeau, Collins, Dominicé, El-Kosheri, Fadlallah, Lalive, Lankosz, Lowenfeld, Mayer, Orrego Vicuña, Ranjeva, Remiro Brotons, Ress, Schwebel, Subedi, Sucharitul, Treves y Vinuesa), Yearbook of the Institute of International Law, Tokyo Session 2013 – Draft Works (“Travaux préparatoires”) (Este documento contiene las deliberaciones del Institut de Droit International (IDI) en las sesiones en Nápoles (2009), Rhodes (2011), y los trabajos preparatorios en las sesiones de Tokio, incluido el “cuestionario” preparado por el relator el 5 de abril y revisado el 10 de junio de 2013, así como las respuestas recibidas y las discusiones en la reunión en Roma del 19 al 21 de junio de 2013).

numerosos asuntos sin resolver y otros sin explorar. El estudio de los documentos principales que llevaron a la resolución le otorga a un observador externo la impresión de que al menos dos razones explican las lagunas existentes. Una de estas razones involucra los desafíos significativos que implica obtener un consenso en muchos asuntos. Una muestra de esto es el ámbito crecientemente estrecho de asuntos explorados a medida que uno se mueve desde las etapas iniciales a las etapas finales del trabajo de codificación. La otra razón es quizás más trivial pero no menos relevante para los propósitos actuales. A lo largo del proceso, algunas de las cuestiones fueron estructuradas desde una perspectiva —la de regímenes especiales— que se ha vuelto tan común que tendemos a perder de vista lo que no logra capturar. Mi propósito en los siguientes párrafos es discutir un asunto que ha recibido escasa atención en la literatura del derecho de las inversiones y que es, desde mi perspectiva, de gran importancia: la expresión consuetudinaria de la soberanía en el derecho internacional de las inversiones.

El punto de partida de mi análisis es una observación básica que he intentado desarrollar con cierta profundidad en otro trabajo,² a saber, que muchos, si no todos, los conceptos legales que expresan la soberanía en el derecho internacional son generales y de naturaleza consuetudinaria. Conceptos legales como la soberanía permanente sobre los recursos naturales,³ las inmunidades,⁴ la doctrina del poder de policía,⁵ el estado de necesidad⁶ u otras presunciones en favor de la

² Ver Viñuales, "Sovereignty in Foreign Investment Law", en Douglas, Pauwelyn y Viñuales (eds.), *The Foundations of International Investment Law*, Oxford, 2014, págs. 317 y ss.

³ Ver Soberanía permanente sobre los recursos naturales, Doc. de la ONU A/RES/1803/XVII, 14 de diciembre de 1962 ("Resolución 1803"); y *Armed Activities on the Territory of the Congo* (República democrática del Congo c. Uganda), Sentencia del 19 de diciembre de 2005, ICJ Reports, 2005, págs. 168 y ss., párr. 244.

⁴ Para una definición contemporánea del derecho en materia de inmunidades, ver Yang, *State Immunity in International Law*, Cambridge, 2012. Tres casos relativamente recientes muestran el alcance de las inmunidades: *Arrest Warrant of 11 April 2000* (República democrática del Congo c. Bélgica), Sentencia del 14 de febrero de 2002, ICJ Reports, 2002, págs. 3 y ss.; "Ara Libertad" *Case* (Argentina c. Ghana), Pedido de medidas provisionales, ITLOS Caso No. 20, Decisión del 15 de diciembre de 2012; y *Jurisdictional Immunities of the State* (Alemania c. Italia: con intervención de Grecia), Decisión del 3 de febrero de 2012, ICJ Reports, 2012, págs. 99 y ss.

⁵ Ver American Law Institute, *Restatement (Second) of the Law of Foreign Relations of the United States*, 1965, Section 197(1)(a); *Ibid.*, *Restatement (Third) of the Law of Foreign Relations of the United States*, 1986, Sección 712, comentario, lett. g; Sohn y Baxter, "Draft Convention on the International Legal Responsibility of States for Injuries to Aliens", *AJIL*, 1961, págs. 545 y ss. Se identifican y discuten casos relevantes más adelante en este artículo.

⁶ Comisión de Derecho Internacional, *Artículos sobre responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos*, YILC, 2001, Vol. II, Parte dos, artículo 25.

soberanía⁷ son aplicables no sólo en el contexto de las disputas sobre inversiones, sino también, de forma más amplia, en otros contextos. Debido a que la soberanía involucra a todas las áreas del derecho internacional, muchos de los conceptos legales que la expresan tienen un alcance general (en contraste con un alcance específico a una “rama” del derecho internacional). Como tales, estos principios están fundados en el derecho internacional general y, más específicamente, en normas consuetudinarias. Por esta razón, analizar la relación entre los tratados de inversión y la costumbre internacional es un paso importante para entender cuál es el lugar de la soberanía en el derecho internacional de las inversiones. Este punto básico pero importante ha sido desatendido, incluso por el trabajo del IDI. Para ser justos, aunque la resolución no hace referencia a esta cuestión, las interacciones entre los tratados de inversión y la costumbre internacional han sido una preocupación mayor del relator, y fueron discutidas con cierta extensión en la 18ava comisión. No obstante, el enfoque de la discusión no ha estado puesto en la expresión consuetudinaria de la soberanía, con la cual se ha lidiado, eventualmente, en el contexto más estrecho de las cláusulas sobre expropiaciones.⁸

El propósito de este artículo es llamar la atención a doctornarios y profesionales sobre las implicancias para la expresión de la soberanía de lidiar con el derecho de las inversiones a través de un prisma predominantemente basado en los tratados. Ignorar el derecho internacional consuetudinario más allá de las referencias básicas al derecho de los tratados o al derecho de la responsabilidad de los estados equivale ciertamente a ignorar el principal concepto legal que expresa la idea de soberanía. La tendencia actual, señalada en el informe del relator, hacia la inclusión de mayor flexibilidad regulatoria en las cláusulas específicas de los tratados⁹ no es una solución apropiada porque, de cualquier modo, confina a la soberanía a unas pocas excepciones, en lugar de reconocer que, en buena medida del mismo modo en que la defensa del estado de necesidad no necesita ser incorporada a un tratado para que sea operativa, lo mismo es cierto para otras expresiones

⁷ Ver, por ejemplo, *SS Wimbledon*, Sentencia, 17 de agosto de 1923, PCIJ Reports, Series A, No. 1, 24-25; *SS Lotus*, Sentencia, 7 de septiembre de 1927, PCIJ Reports, Series A, No. 10, 18; y *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Sentencia, 7 de junio de 1932, PCIJ Reports, Series A/B, No. 46, 167.

⁸ Informe, cit. supra nota 1, párrs. 138-145.

⁹ *Ibid.*, párr. 2

consuetudinarias de soberanía. Luego de una breve discusión sobre cómo se estructuran las interacciones entre los tratados de inversión y el derecho internacional consuetudinario en el trabajo del IDI (sección II), analizaré cuatro conceptos consuetudinarios que pueden operar autónomamente y en paralelo a los tratados de inversión (sección III). Al llevar a cabo este trabajo, intentaré demostrar cómo el énfasis excesivo sobre los tratados como *lex specialis* puede estar erosionando sutilmente el lugar del derecho consuetudinario sobre inversiones y, de ese modo, la expresión legítima de la soberanía.

II. EL DERECHO CONSUECUDINARIO Y EL DERECHO DE INVERSIONES EN LOS PROCEDIMIENTOS DEL IDI

El título de esta sección utiliza la conjunción “y” en lugar de la preposición “en”, utilizada en el título de este artículo, para resaltar una diferencia de enfoque con respecto al trabajo del IDI. Este matiz es sencillo. Mientras “en” implica que el derecho consuetudinario juega, o debería jugar, un rol en el derecho de inversiones, “y” no surge de una pregunta específica y permite distintas comprensiones sobre el vínculo entre el derecho consuetudinario y el derecho de las inversiones. Esto resulta natural sólo en relación con un esfuerzo de codificación como el intentado por el IDI, que necesita estructurar la cuestión de forma amplia, al menos inicialmente. No obstante, como mostraré en los próximos párrafos, el trabajo del IDI sí abordó la pregunta de forma amplia al principio, pero, a medida que redefinió los contornos de la cuestión, las referencias a la soberanía fueron crecientemente marginadas y eventualmente desaparecieron en la resolución final. Aquí, quisiera invertir el orden del análisis, examinando, primero, la resolución, luego, el informe final del relator y, más tarde, las discusiones iniciales en la 18ava comisión, incluidas aquellas generadas por el cuestionario circulado por el relator. Mi análisis sólo se centrará en el vínculo entre el derecho consuetudinario y los tratados de inversión y no en otros asuntos examinados en el trabajo de codificación del IDI.

La resolución no aborda específicamente la relación entre el derecho de los tratados y la costumbre internacional. No obstante, uno podría encontrar una referencia explícita a esta relación en conexión con la interpretación y aplicación de los tratados “con arreglo a las reglas generales de derecho internacional reflejadas en la Convención de Viena

sobre Derecho de los Tratados” (artículo 1).¹⁰ Afirmar que las reglas de costumbre internacional se aplican a esta operación, incluida la aplicación e interpretación de los tratados (de inversión), es por supuesto una verdad auto-evidente. No obstante, para los propósitos actuales, esa afirmación básica tiene dos implicaciones. Primero, deja en claro, sin lugar a dudas, que las reglas de interpretación reflejadas por el artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, entre otros, deben ser aplicadas para interpretar tratados de inversión. Segundo, y en relación con el primer punto, entre las “norma[s] pertinente[s] de derecho internacional aplicable[s] en las relaciones entre las partes”, a las cuales se refiere el artículo 31(3)(c), se encuentran todas las normas consuetudinarias que expresan el concepto de soberanía en el derecho internacional general. En otras palabras, como mínimo, tales normas serían “aplicables” en tanto deben ser tenidas en cuenta para determinar el contenido de las normas de los tratados de inversión. Quizás esta sea otra verdad auto-evidente, pero no ha sido suficientemente incorporada en el razonamiento de los tribunales de inversión, como mostraré en relación con la doctrina del poder de policía. Fuera del artículo 1, la resolución menciona “los derechos de los estados a perseguir, de forma no discriminatoria, sus propósitos públicos y regulatorios” (preámbulo) y “la necesidad de interpretar y desarrollar el derecho” como una consideración que justifica la desviación de una línea consistente de precedentes (artículo 2). Ninguna de estas referencias hace aplicable, de forma clara, el derecho consuetudinario, pero estas sí resaltan la importancia de los poderes regulatorios así como de la necesidad de desarrollar el derecho en materia de inversiones extranjeras aun cuando ello requiera ignorar precedentes. En suma, la resolución no clarifica la relación entre los tratados de inversión y la costumbre internacional, pero sí presenta como obvios algunos principios que sería difícil interpretar que no asignan algún espacio a los conceptos legales consuetudinarios incluso en la presencia de tratados.

A diferencia de la resolución, el informe de 2013 presentado por el relator a la 18ava comisión sí abordó la relación entre los tratados de inversión y el derecho consuetudinario de forma explícita en los párrafos 10 a 27. Esta relación es concebida desde dos perspectivas distintas. La primera es introducida por el relator de la siguiente manera: “la pregunta

¹⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), 23 de mayo de 1969 (1155 UNTS 331).

clave y central ha sido y aún es si la cantidad extremadamente numerosa de tratados bilaterales en materia de protección de inversiones extranjeras, dado su carácter sustancialmente homogéneo, determinaron la creación de un cuerpo de derecho internacional consuetudinario”.¹¹

Esta pregunta es explorada, más adelante, en relación con la presunta emergencia de un cuerpo especializado de derecho surgido de las decisiones de tribunales arbitrales o de la interpretación apropiada de los tratados de inversiones, especialmente por parte de cuerpos inter-estatales o de tribunales que deciden disputas inter-estatales. Este análisis ofrecido por el relator sólo aborda el tema discutido en este artículo de forma tangencial, en los párrafos 12 y 13, cuando discute la potencial emergencia de un cuerpo especializado de derecho de las inversiones consuetudinario:

“El enfoque más apropiado –y en cualquier caso el enfoque legalmente correcto– parece ser aquel que establece el pleno respeto a las diferentes cláusulas de los varios TBIs aplicables. Otra razón para ello es que estas cláusulas se aplicarían necesariamente, a pesar de cualquier diferencia posible con presuntas reglas de derecho consuetudinario. De hecho, estas últimas siempre pueden ser derogadas, con la limitada excepción de las normas imperativas, procesales o sustantivas [...]. Cuando se hace referencia al derecho internacional en la interpretación o aplicación de TBIs, tal referencia debe hacerse de forma correcta y apropiada”.

Estos dos párrafos denotan implícitamente la forma en la cual el relator concibe la aplicación del derecho consuetudinario en el contexto de los tratados de inversión. Las normas consuetudinarias pueden ser aplicadas para interpretar el tratado (lo cual constituye una aplicación para la interpretación) o como normas que rigen la cuestión. En el primer caso, sólo son aplicables si no derogan normas surgidas de tratados (*lex specialis*), lo cual, según el relator, siempre es posible salvo en relación con normas imperativas (*lex superior*). Las hipótesis de *lex specialis* y *lex superior* constituyen la segunda perspectiva desde la cual las interacciones entre el derecho consuetudinario y los tratados de inversión son abordadas por el relator. Pero antes de abordar esta segunda perspectiva es importante señalar un hueco en el análisis, a saber, que las normas consuetudinarias pueden intervenir también como normas que rigen una cuestión no (completamente) abordada por los tratados de inversión. De hecho, los tratados de inversión pueden incluir

¹¹ Informe, cit. supra nota 1, párr. 10.

cláusulas de emergencia pública y, sin embargo, la defensa del estado de necesidad aun sería aplicable como una defensa autónoma de derecho internacional consuetudinario. Similarmente, un tratado puede contener una cláusula que permita la regulación ambiental y, sin embargo, la doctrina del poder de policía también sería aplicable de forma autónoma como una cuestión de derecho internacional consuetudinario. Este matiz puede parecer menor, pero es, por el contrario, muy importante en relación con la expresión de la soberanía en los tratados de inversión extranjera. Perder de vista este matiz equivale a perder de vista el locus (general y consuetudinario) de la soberanía en el derecho internacional.

La segunda perspectiva, discutida por el relator en los párrafos 23 a 27, enmarca las interacciones entre el derecho consuetudinario y los tratados de inversión a través de los lentes de los principios de *lex specialis* y *lex superior* y, de ese modo, ignora el matiz mencionado anteriormente. El párrafo 27 denota este punto:

“Un problema relacionado es si la alegada autonomía y especialidad del derecho de los tratados bilaterales de inversión también se mantendría en la presencia de normas imperativas de derecho internacional (por ejemplo, la norma procesal de debido proceso, es decir, la igualdad de armas, y las normas sustantivas que protejan el medioambiente, la salud humana y los derechos humanos fundamentales en general, y los derechos soberanos básicos de los estados) [...] Según el relator, más allá de ciertas dificultades sobre la definición precisa de ciertas normas jus cogens, parece inevitable concluir que las normas imperativas de derecho internacional deben prevalecer y/o tener precedencia sobre normas convencionales y consuetudinarias, en materia de protección de inversiones extranjeras” [énfasis agregado].

Si las normas consuetudinarias sólo pueden operar como normas que controlan cuestiones ya cubiertas por tratados, entonces su aplicación estaría condicionada a que tengan una jerarquía mayor. El relator se refiere sólo a normas *jus cogens* en este punto, pero podrían ser relevantes otras normas también superiores, como el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas. Con arreglo a este prisma, como fue anticipado por el relator, la dificultad principal surge de identificar de forma precisa las normas superiores. No obstante, al ubicar el debate en este nivel, se pierden buena parte de las expresiones de soberanía. No es necesario que las normas consuetudinarias que expresan soberanía sean *lex superior* con respecto a los tratados de inversión. Tales expresiones

consuetudinarias son aplicables junto con los tratados o en adición a estos como conceptos autónomos que abordan cuestiones no (completamente) cubiertas por los tratados. Si, por el contrario, la soberanía sólo tuviera relevancia cuando estuviera implicada por una norma superior, entonces, habría pocas posibilidades de defender los deberes regulatorios diarios de los estados. Como se discutirá a continuación, durante el proceso de codificación, algunos miembros de la 18ava comisión expresaron sus dudas –quizás justificadamente– sobre el carácter imperativo de las normas que expresan “derechos soberanos básicos” o protegen valores como el medioambiente.

Luego de discusiones iniciales sobre el alcance del trabajo en las sesiones del IDI en Nápoles (2009) y Rhodes (2011), el relator circuló un cuestionario para preparar la reunión en Roma (junio de 2013) antes de la sesión en Tokio (septiembre de 2013), donde fue adoptada la resolución. El cuestionario ofrece algunas ideas útiles sobre los materiales utilizados por el relator para preparar su informe final, así como de las opiniones expresadas por algunos miembros de la 18ava comisión. La segunda pregunta del cuestionario, titulada “*Los TBI son lex specialis*”, fue formulada de la siguiente manera:

a) ¿Representa un TBI, o incluso una serie de TBIs, un cuerpo jurídico autónomo, como *lex specialis*, de otras normas de derecho internacional general, que no podrían ser utilizadas para interpretar o llenar posibles lagunas en las regulaciones de los TBIs?

b) Un punto relacionado es si la mencionada autonomía se mantendría también en presencia de normas imperativas de derecho internacional (por ejemplo, la norma procesal de debido proceso, es decir, la igualdad de armas, y las normas sustantivas que protegen los derechos humanos fundamentales en general y los derechos soberanos económicos básicos de los estados).

c) Un punto relacionado adicional es si la autonomía del derecho en materia de inversiones se puede mantener, y/o con cuáles posibles calificaciones, en el caso en que el TBI u otro instrumento internacional hagan referencia expresa a las normas internacionales.

Estas preguntas recibieron respuestas diversas.¹² La mayoría de las respuestas reconocían que los tratados de inversión no crean un régimen regulatorio autónomo y que el derecho internacional consuetudinario (por ejemplo, las reglas sobre interpretación de los tratados o, de forma

¹² Respuestas al cuestionario, en Travaux préparatoires, cit. supra nota 1, págs. 25-27.

más general, el derecho de los tratados y el derecho internacional general) sigue siendo aplicable. No obstante, también consideraban que los TBIs sustituyen a las normas consuetudinarias con las cuales entran en conflicto, salvo las normas imperativas, aunque estas últimas no tienen prácticamente ningún rol en las disputas en materia de inversiones. Las respuestas a la tercera pregunta apuntaban a la necesidad de tener en consideración otras normas relevantes para propósitos de interpretación.

Comparar las preguntas con las respuestas es útil para determinar en qué punto la comprensión sobre el vínculo entre los tratados de inversión y las normas consuetudinarias fue enmarcada de forma tal de excluir la aplicación autónoma de los conceptos consuetudinarios que expresan la soberanía. El informe final respondió, de hecho, a esta forma de enmarcar la cuestión y, quizás de forma inconsciente, dejó afuera esta cuestión importante. En la siguiente sección, intentaré remontarme al principio y emprender de nuevo este viaje a través del cual se enmarcó la cuestión, pero poniendo el foco en la hipótesis que no ha sido explorada por el trabajo del IDI. Debido al alcance limitado de este artículo, no puedo llevar a cabo esta investigación para todos, o para la mayoría, de los conceptos legales capaces de expresar la idea de soberanía en el derecho internacional de las inversiones. Por lo tanto, me limitaré a cuatro conceptos básicos, a saber, la doctrina del poder de policía, la defensa del estado de necesidad, las contramedidas y las políticas públicas transnacionales.

III. LA EXPRESIÓN CONSUECUDINARIA DE LA SOBERANÍA: LA CUESTIÓN SOBRE LA APLICACIÓN AUTÓNOMA

A. La función complementaria de la costumbre internacional

Las referencias al derecho internacional consuetudinario en los arbitrajes de inversiones no constituyen una cuestión controversial. Los tribunales rutinariamente se refieren a las normas consuetudinarias en materia de derecho de los tratados, en particular, sobre interpretación de los tratados o a aquellas en materia de responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos. Esto difícilmente sea llamativo y no necesita mayores comentarios. No obstante, lo que sí es menos claro es cómo operan exactamente estas referencias. Un énfasis excesivo sobre los tratados como *lex specialis* puede ocultar el hecho de que existen

numerosas formas en las cuales las normas consuetudinarias pueden ser aplicables junto con los tratados de inversión. En la sección anterior mencioné tres maneras: (i) para interpretar disposiciones de los tratados; (ii) como normas que rigen una cuestión reemplazando a las disposiciones de los tratados (sea por el principio de *lex superior* o – potencialmente– como *lex specialis*; por ejemplo, si dos estados han desarrollado una costumbre bilateral sobre la aplicación de un tratado); y (iii) como normas que rigen una cuestión complementando las disposiciones de los tratados para aquellas cuestiones no abordadas por estos. El trabajo del IDI se centró en la primera y segunda categoría.

Un punto de respetuoso desacuerdo que tengo con el enfoque utilizado por el relator para enmarcar la expresión de la soberanía es precisamente que tal expresión fue ubicada en la segunda categoría. De esta forma, la expresión fue confinada a operar dentro de la angosta y hostil camisa de fuerza de las normas imperativas de derecho internacional. Con excepción de ciertas disposiciones sobre derechos humanos, no es claro que las restantes consideraciones identificadas por el relator, incluidos los “derechos soberanos básicos de los estados”, califiquen como normas imperativas o de alguna otra forma operen como normas *lex superior*. Es posible que este sea el caso, pero uno tendría que enfocarse en una norma específica y proporcionar un análisis “de grano fino” sobre su jerarquía. No obstante, la categoría (ii) no constituye ni el único enfoque ni el más apropiado para entender cómo las normas consuetudinarias que expresan la soberanía pueden ser aplicables. Tanto en la teoría como en la práctica, la categoría (iii) provee una comprensión más completa de la operación de las normas consuetudinarias. Como sostuvo un tribunal arbitral en un laudo que se ha vuelto emblemático en el desarrollo de los arbitrajes sobre “tratados”:

“Es necesario señalar que el tratado bilateral de inversión no es un sistema legal auto-contenido limitado a proveer reglas materiales sustantivas para que sean aplicables de forma directa, sino que ha sido concebido dentro de un contexto jurídico más amplio en el cual son integradas normas de otras fuentes a través de métodos implícitos de incorporación, o por referencia directa a ciertas normas complementarias, sean de carácter internacional o doméstico” [énfasis agregado].¹³

¹³ Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo del 27 de junio de 1990, párr. 21 (Presidido por el Dr. A.S. El-Kosheri, miembro del IDI) (“AAPL c. Sri Lanka”).

Los tratados de inversión o un conjunto específico de normas de inversión dentro de cierto tratado pueden operar efectivamente como *lex specialis* desplazando a normas consuetudinarias. No obstante, hay muchos otros asuntos no regulados “específicamente” por los tratados de inversión en los cuales el derecho consuetudinario continúa siendo aplicable.

En la cita anterior el tribunal se refiere a “normas complementarias” a fin de resaltar que tales normas se vuelven relevantes como normas que rigen una cuestión no abordada por el tratado de inversión. Un ejemplo obvio involucra las normas consuetudinarias en materia de interpretación o aplicación de los tratados codificadas en la CVDT, pero el rol complementario tiene un alcance más amplio. Como señaló un tribunal en un laudo reciente:

“Hay unos pocos puntos esenciales para hacer en este contexto. Primero, la interpretación y aplicación de los TBIs se rige por el derecho internacional, como en cualquier tratado, y la cláusula de expropiación es, obviamente, una parte importante del TBI. Segundo, quizás no sea posible considerar el alcance y contenido del término “expropiación” en el TBI sin considerar principios consuetudinarios y generales de derecho internacional, así como otras fuentes de derecho internacional en esta área [...] El TBI en este caso, como en casi todos los casos, no tiene una definición de “expropiación” en su texto ni contiene pautas que podrían ayudar al tribunal a determinar si ha habido o no una privación compensable de propiedad. El concepto de expropiación ha sido y es parte del derecho internacional y el cambio de resolución de disputas del sistema de protección diplomática al arbitraje entre estados e inversores no ha modificado eso. Es cierto que los TBIs se han vuelto la fuente de derecho más confiable en esta área, al igual que los laudos del CIADI, otros tribunales en disputas entre inversores y estados que actúan con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y otros tribunales modernos, como el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, la práctica estatal y las publicaciones de los académicos. No obstante, esto no es inconsistente con la continua relevancia de los principios consuetudinarios y generales de derecho internacional, al menos en relación con obligaciones del TBI que no se pronuncian sobre su alcance o contenido, así como cualquier otra

fuerza de derecho internacional en materia de expropiaciones” [énfasis agregado].¹⁴

Una característica interesante de esta cita es que pone de relieve un punto más general en relación con la función complementaria de la costumbre internacional. Aún si la cuestión está abordada en alguna medida por el tratado, uno no puede concluir automáticamente que las disposiciones del tratado privan completamente al derecho consuetudinario de cualquier forma de aplicación autónoma. En el importante caso Nicaragua¹⁵ la Corte Internacional de Justicia (CIJ) enfatizó que las normas convencionales y consuetudinarias (*in casu* los principios consagrados en los artículos 2 y 51 de la Carta de las Naciones Unidas) pueden operar de forma distinta y autónoma, aun cuando tengan un contenido similar. Específicamente, la incorporación de una norma consuetudinaria a un tratado no tiene el efecto de “suplantar” a la norma consuetudinaria (como había sido argumentado por los Estados Unidos). La importancia de este punto requiere una referencia in extenso sobre su articulación por parte de la Corte:

“177. [...] aun si la norma consuetudinaria y la norma convencional tuvieran exactamente el mismo contenido, esta no sería una razón para que la corte afirmara que la incorporación de una norma consuetudinaria a un tratado debe privar a la norma consuetudinaria de su aplicación como una norma distinta a la norma convencional [...].

178. Hay un conjunto de razones para considerar que, incluso si dos normas que pertenecen a dos fuentes de derecho internacional parecen idénticas en su contenido, e incluso si los estados en cuestión están obligados por estas normas en términos convencionales y consuetudinarios, estas normas mantienen su existencia separada. Esto es así desde el punto de vista de su aplicabilidad [...]. Un estado puede aceptar una norma contenida en un tratado no sólo porque esto favorece la aplicación de la norma en sí misma, sino también porque el tratado establece lo que ese estado considera como una institución o un mecanismo deseable para asegurar la aplicación de esa norma [...].

¹⁴ Accession Mezzanine Capital L.P. y Danubius Kereskedohaz Vagyongkezelő c. Hungría, Caso CIADI No. ARB/12/3, Laudo sobre objeciones de la demandante con arreglo a la regla de arbitraje 41(5) del 16 de enero de 2013, párrs. 67-68.

¹⁵ Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos), Fondo, Decisión del 27 de junio de 1986, ICJ Reports 1986, págs. 14 y ss. (“caso Nicaragua”), párr. 177.

179. Por lo tanto, resulta claro que el derecho internacional consuetudinario sigue existiendo y siendo aplicable, como algo distinto al derecho convencional incluso cuando las dos categorías tengan un contenido idéntico” [énfasis agregado].¹⁶

Este punto es conocido por cualquiera abogado internacionalista y normalmente no exigiría una discusión mayor. A los fines de analizar la categoría (iii), esta afirmación es útil para matizar las referencias no calificadas a los tratados de inversión como normas *lex specialis* que uno encuentra en la doctrina jurídica.

Resumiendo las observaciones anteriores, los conceptos consuetudinarios que expresan soberanía pueden entenderse mejor como conceptos complementarios a los tratados de inversión. Esta función complementaria no es una función subordinada. Las normas consuetudinarias pueden abordar cuestiones sobre las cuales los tratados de inversión guardan silencio de forma total o parcial e, incluso cuando los tratados aborden buena parte de una cuestión de eso no se sigue que la norma consuetudinaria haya sido completamente remplazada. Esto es importante no sólo porque los tratados de inversión rara vez abordan el alcance de los poderes regulatorios de los estados de forma explícita, sino también porque, cuando sí lo hacen (por ejemplo, a través de reservas sobre emergencias públicas o poderes regulatorios en materia medioambiental) no debe considerarse que eso remplace a las normas consuetudinarias que expresan soberanía. En las siguientes secciones, analizaré cuatro ejemplos de conceptos que considero expresiones consuetudinarias de la soberanía: la doctrina del poder de policía (sección III.B), la defensa del estado de necesidad (sección III.C), la doctrina sobre contramedidas (sección III.D) y la protección de políticas públicas transnacionales (sección III.E). Me referiré a los aspectos generales de estos conceptos sólo de forma breve. Mi análisis se centrará en mostrar de qué forma operan estos conceptos como normas consuetudinarias en paralelo a los tratados de inversión.

B. La doctrina del poder de policía

La doctrina del poder de policía es ampliamente reconocida por los tribunales de arbitrajes de inversión. Debido a mis intereses de investigación, he estudiado su operación principalmente en relación con la protección ambiental, en relación con la cual muchos casos han

¹⁶ Ibid., párrs. 177-179.

reconocido y aplicado este concepto para proteger acciones regulatorias de los reclamos de inversores.¹⁷ Pero su alcance es, por supuesto, mucho más amplio y la práctica de los tribunales de inversión provee numerosos ejemplos en los cuales este concepto ha sido discutido y, en algunos casos, aplicado para rechazar un reclamo.¹⁸

El fundamento consuetudinario de la doctrina del poder de policía es reconocido unánimemente en los laudos que he mencionado, sea de forma explícita o implícita (por ejemplo, a través de una referencia al “derecho internacional general” o de otras formas). Un párrafo frecuentemente citado que reconoce esta doctrina aparece en el laudo del tribunal arbitral en el caso *Saluka c. República Checa*: “el principio según el cual un estado no lleva a cabo una expropiación y, por lo tanto, no es pasible de pagar una compensación a favor del inversor extranjero privado despojado, cuando adopta regulaciones generales que son

¹⁷ Ver, por ejemplo, Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. México, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo del 29 de mayo de 2003 (“Tecmed c. Mexico”), párr. 119 (“el principio según el cual el ejercicio de un estado de sus poderes soberanos en el marco de la doctrina del poder de policía puede causar un daño económico a aquellos sujetos a sus facultades de administración sin otorgarles un derecho a una compensación es indisputable”); Methanex Corporation c. Estados Unidos, tribunal TLCAN/CNUDMI, Laudo final del 3 de agosto de 2005, part IV, Ch. D, párr. 7 (“como un asunto de derecho internacional general, una regulación no discriminatoria con un fin público, que se establece con arreglo al debido proceso y que afecta, entre otros, a inversiones o inversiones extranjeros no debe considerarse expropiatoria y compensable a menos que el gobierno haya llevado a cabo compromisos específicos a los inversiones extranjeros putativos que contemplen que el gobierno se abstendría de tales regulaciones”); Chemtura Corporation (formerly Crompton Corporation) c. Canadá, CNUDMI, Laudo del 2 de Agosto de 2010 (“Chemtura c. Canadá”), párr. 266 (“[E]l tribunal considera, de cualquier modo, que las medidas criticadas por la reclamante constituyeron un ejercicio válido de los poderes de policía de la demandada. Como fue discutido en detalle en relación con el artículo 1105 del TLCAN, la PMRA tomó medidas dentro de su mandato, de una forma no discriminatoria, motivada por la creciente conciencia sobre los peligros del lindano para la salud humana y el medioambiente. Una medida adoptada en tales circunstancias es un ejercicio válido de los poderes de policía del estado y, como consecuencia, no constituye expropiación”).

¹⁸ CME Czech Republic B.V. c. República Checa, CNUDMI, Laudo parcial del 13 de septiembre de 2001, párr. 603; Marvin Roy Feldman Karpa c. México, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo del 16 de diciembre de 2002, párrs. 103, 112; Saluka Investments B.V. c. República Checa, CNUDMI, Laudo parcial del 17 de marzo de 2006 (“Saluka v. República Checa”); BG Group Plc. c. República Argentina, CNUDMI, Laudo del 24 de diciembre de 2007, párr. 268; AWG Group Ltd. c. Argentina, CNUDMI, Laudo sobre responsabilidad del 30 de julio de 2010, párrs. 149-150; Total S.A. c. Argentina, Caso CIADI No. ARB/04/01, Laudo de responsabilidad del 27 de diciembre de 2010, párr. 197; Tza Yap Shum c. República del Perú, Caso CIADI No. ARB/07/6, Laudo del 7 de julio de 2011, párr. 145; El Paso Energy International Company c. Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo del 31 de octubre de 2011, párrs. 236-241, 243; Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres S.A.S. c. Polonia, CNUDMI, Laudo del 14 de febrero de 2012, párrs. 569-570, 584; SAUR International S.A. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/04/4, Decisión sobre jurisdicción y responsabilidad del 6 de junio de 2012, párrs. 396-401; TECO Guatemala Holdings, LLC c. Guatemala, Caso CIADI No. ARB/10/23, Laudo del 19 de diciembre de 2013, párrs. 490-493.

‘comúnmente aceptadas como parte de la doctrina del poder de policía’ forma parte del derecho consuetudinario en la actualidad”.¹⁹

Esta referencia es útil por numerosas razones. Primero, como ya he señalado, en varias ocasiones se ha hecho referencia a esta cita de autoridad en laudos arbitrales subsiguientes, así como en la discusión sobre expropiación del IDI. Segundo, la referencia a la doctrina del poder de policía en este caso no fue un mero obiter dictum: la doctrina fue efectivamente aplicada para rechazar el reclamo relevante.²⁰ Tercero, porque el laudo fue emitido de forma unánime por un tribunal ilustre, presidido por Sir Arthur Watts.²¹ Cuarto, y quizás esto sea lo más interesante para los propósitos actuales, el razonamiento del laudo sobre la relación entre derecho consuetudinario y el tratado de inversión aplicable es ambiguo. Por lo tanto, este laudo provee un punto de partida adecuado para el análisis sobre cómo la comprensión de esta relación puede influir en la operación de la doctrina del poder de policía.

Como señalé anteriormente, la doctrina del poder de policía está basada en el derecho internacional consuetudinario y, como consecuencia de ello, no es necesario que esta este prevista explícitamente en un tratado. No obstante, en el laudo Saluka, el tribunal pareció sugerir que la doctrina sólo podría ser aplicada si se la había incorporado al tratado aplicable:

*“El tribunal reconoce que el artículo 5 del tratado [una cláusula de expropiación amplia] del presente caso ha sido redactado de forma muy amplia y no contiene ninguna excepción sobre el poder regulatorio. No obstante, al utilizar el término ‘privación’, el artículo 5 incorpora dentro del tratado la noción de derecho internacional consuetudinario de que una privación puede ser justificada si resulta del ejercicio de acciones regulatorias que tengan el objetivo de mantener el orden público [énfasis agregado].”*²²

Tomada fuera de contexto, esta afirmación podría ser fuertemente controvertida. Si la doctrina del poder de policía tiene un sustento consuetudinario, su aplicación no depende de que una cláusula la incorpore al tratado, a menos que el tratado la excluya. Para que una norma consuetudinaria directamente relevante y ampliamente

¹⁹ Saluka c. República Checa, cit. supra nota 18, párr. 262.

²⁰ Ibid., párr. 265.

²¹ La composición del tribunal que dictó el laudo fue la siguiente: Sir Arthur Watts (presidente), Yves Fortier (nombrado por la demandante), y Peter Behrens (nombrado por la demandada).

²² Saluka c. República Checa, cit. supra nota 18, párr. 254.

reconocida no resulte aplicable debe haber una norma *lex specialis* que la excluya claramente. Además, una norma consuetudinaria relevante podría seguir siendo aplicada para darle forma al contenido de la disposición convencional relevante. El tribunal pareció adherir a esta propuesta –y por ello aumentó en alguna medida la ambigüedad de su razonamiento– cuando se refirió, en el mismo párrafo, al artículo 31(3)(c) de la CVDT: “*al interpretar un tratado, deben tenerse en consideración ‘toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes’ –un requisito que la Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha sostenido que incluye las normas relevantes de derecho internacional consuetudinario*” [énfasis agregado].

Es, por supuesto, correcto que una norma consuetudinaria debe ser tenida en consideración para interpretar un tratado de inversión (una hipótesis que caería dentro de la categoría (i) en la taxonomía mencionada en la sección III.A). No obstante, el punto central es otro, a saber, que no hay ninguna razón legal para ignorar una norma consuetudinaria directamente aplicable que no ha sido excluida específicamente por una disposición convencional.

En *Saluka c. República Checa*, el tribunal rechazó el reclamo sobre expropiación presentado por el inversor. Sin embargo, la ambigüedad de su razonamiento debe ser abordada porque es, de hecho, ciertamente representativa de una comprensión conceptualmente debatible respecto de la relación entre costumbre y tratados. La diferencia entre rechazar una norma consuetudinaria que expresa soberanía y admitir su aplicación autónoma no es una discusión meramente académica. Reconocer tal diferencia es una condición para la expresión consuetudinaria de la soberanía en las disputas sobre inversión extranjera. Ya me he referido a las implicancias legales específicas de este cambio de percepción en otro trabajo.²³ Mi propósito en este artículo sólo es señalar este problema para llamar la atención a académicos y profesionales sobre la necesidad de analizar con mayor profundidad y darle aplicación a lo que he llamado la categoría (iii) y a sus amplias implicancias en la expresión de la soberanía en el derecho internacional en materia de inversiones.

C. La defensa consuetudinaria del estado de necesidad

²³ Ver Viñuales, cit. supra nota 2, págs. 331-343.

La defensa consuetudinaria del estado de necesidad ha sido planteada y, en diversos grados, abordada en varios arbitrajes de inversión.²⁴ En la medida en que efectivamente abordan esta defensa, todos estos casos reconocen la naturaleza consuetudinaria de la norma codificada en el artículo 25 de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados de la CDI.²⁵ En lo que a esto respecta, los artículos siguen la jurisprudencia de la CIJ tanto en su versión previa como en su versión final.²⁶ No es necesario analizar en este trabajo el funcionamiento en general de esta defensa, ya que esto ha sido analizado en otros lugares, particularmente en conexión con la crisis social y económica de Argentina de 2001-2003.²⁷ Al igual que con la doctrina del poder de policía, mi foco principal estará puesto en las relaciones entre tratados y costumbre dentro de este contexto.

Muchos de los casos de inversiones que examinan la defensa del estado de necesidad (aquellos relativos a los TBI entre los Estados Unidos y Argentina) han tenido que lidiar con la operación combinada de una cláusula de emergencia y la defensa consuetudinaria del estado de

²⁴ Ver CMS Gas Transmission Company c. Argentina, CIADI Caso Nro. ARB/01/08, Laudo del 12 mayo de 2005, párrs. 316-331 (estado de necesidad), 353-378 (cláusula de emergencia); CMS Gas Transmission Company c. Argentina, CIADI Caso Nro. ARB/01/08, Decisión de Anulación del 25 de septiembre de 2007, párrs. 137-150; LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, LG&E International Inc. c. Argentina, CIADI Caso Nro. ARB/02/1, Decisión de Responsabilidad del 3 de octubre de 2006, párr. 201-261; Enron y Ponderosa Assets c. Argentina CIADI Caso Nro. ARB/01/3, Laudo del 22 de mayo de 2007, párrs. 314-342; Enron y Ponderosa Assets c. Argentina, CIADI Caso Nro. ARB/01/3, Decisión de Anulación del 30 de julio de 2010, párrs. 396-417; Sempra Energy c. Argentina, CIADI Caso Nro. ARB/02/16, Laudo del 28 de septiembre de 2007, párrs. 356-391; Sempra Energy c. Argentina, CARDI Caso Nro. ARB/02/16, Decisión de Anulación del 29 de junio de 2010, párrs. 159-223; Continental Casualty Company c. Argentina, CIADI Caso Nro. ARB/03/9, Laudo del 5 de septiembre de 2008, párrs. 160-199, 231-236; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentina, CIADI Caso Nro. ARB/03/17, Decisión de responsabilidad del 30 de julio de 2010, párrs. 235-243; y Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. Argentina, CIADI Caso Nro. ARB/03/19, Decisión de responsabilidad del 31 de julio de 2010, párrs. 257-271.

²⁵ Artículos de la CDI, cit. supra nota 6, art. 25.

²⁶ Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungría c. Eslovaquia), Sentencia del 25 de septiembre de 1997, ICJ Reports, 1997, pág. 7 y ss., párrs. 50-52; Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Opinión del 9 de julio de 2004, ICJ Reports, págs. 136 y ss., párrs. 140-142.

²⁷ Ver, por ejemplo, Leben, "L'état de nécessité dans le droit international de l'investissement", Les Cahiers de l'arbitrage, 2003, Nro. 3, p. 47 ss.; Viñuales, "State of Necessity and Peremptory Norms in International Investment Law", NAFTA: Law and Business Review of the Americas, 2008, Nro. 14, págs. 79 y ss.; Burke-White y von Staden, "Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties", Virginia Journal of International Law, 2008, págs. 307 y ss.; Sloane, "On the Use and Abuse of Necessity in the Law of State Responsibility", AJIL, 2012, págs. 447 y ss. Ver, en general, Heathcote, State of Necessity and International Law (Disertación de doctorado, Graduate Institute of International Studies, Ginebra, 2005).

necesidad. Un aspecto notable en este sentido ha sido el enfoque adoptado por tres tribunales para aplicar los estrictos requisitos de la defensa consuetudinaria del estado de necesidad para examinar la disponibilidad de una cláusula de emergencia menos demandante en el tratado de inversión aplicable.²⁸ Además de tratar la cláusula de emergencia (la cual excluye algunos asuntos del alcance del tratado) como aplicable a las mismas situaciones que la defensa del estado de necesidad (la cual únicamente entra en juego cuando se ha infringido una norma del tratado respecto de un asunto cubierto por el tratado), estos tribunales descartaron la aplicación del principio de *lex specialis*. En efecto, asumiendo que tanto la cláusula del tratado como la defensa del estado de necesidad operarían para justificar lo que de otro modo sería una violación del tratado, la primera desplazaría a la segunda, al menos respecto de los asuntos específicamente abordados por la cláusula del tratado.

El punto de partida del análisis debe ser la primera de estas tres disputas sobre inversión, a saber, *CMS c. Argentina*,²⁹ la cual influyó la solución alcanzada en otros dos casos, *Enron c. Argentina*³⁰ y *Sempra c. Argentina*.³¹ El laudo CMS es útil también porque, poco tiempo después de haber sido emitido, otro tribunal llegó a una conclusión opuesta en *LG&E c. Argentina*³² respecto de las defensas esgrimidas por Argentina. Más aún, en septiembre de 2007, un comité Ad Hoc constituido para revisar el laudo CMS criticó seriamente el razonamiento del tribunal respecto de la doctrina del estado de necesidad.³³ En CMS, Argentina argumentó que las medidas disputadas por el inversor estaban cubiertas tanto por la defensa consuetudinaria del estado de necesidad como por el artículo XI del TBI entre Argentina y los Estados Unidos (una cláusula de emergencia). El tribunal trató primero la defensa consuetudinaria del estado de necesidad, concluyendo que esta no era aplicable in casu. Luego analizó la defensa de la cláusula de emergencia en el tratado, equiparando sus condiciones con aquellas requeridas por la defensa consuetudinaria. En este contexto, señaló que, en su revisión

²⁸ CMS c. Argentina, Laudo, cit. supra nota 24; Enron c. Argentina, laudo, cit. supra nota 24; y Sempra Energy c. Argentina, Laudo, cit. supra nota 24.

²⁹ Cit. supra nota 24, párrs. 316-331, 353-378.

³⁰ Cit. supra nota 24, párrs. 314-342.

³¹ Cit. supra nota 24, párrs. 159-223.

³² Cit. supra nota 24, párrs. 201-216.

³³ CMS c. Argentina, Decisión de anulación, cit. supra nota 24, para.146.

de la cláusula del tratado, debía “examinar si el estado de necesidad o emergencia satisface las condiciones establecidas por el derecho internacional consuetudinario y las provisiones del tratado y si por lo tanto se encuentra o no disponible para excluir actos ilícitos”.³⁴ Este quizás sea el único párrafo del laudo en el cual el tribunal establece explícitamente cómo abordó las relaciones entre la cláusula del tratado y la defensa consuetudinaria, pero hay varios otros párrafos en el análisis de la cláusula del tratado en los cuales el tribunal aborda específicamente los requisitos consuetudinarios (no del tratado). A modo de ilustración, el tribunal señala que “debe determinar [...] si, como fuera discutido en el marco del artículo 25 de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados, el acto en cuestión no perjudica un interés esencial del estado o los estados hacia los que existe la obligación” (Párr. 357).

A pesar de que el tribunal resolvió que este requisito estaba cumplido, la consideración fundamental es que nada en la cláusula del tratado exige la aplicación de este requisito. Se le encargó a un Comité Ad Hoc presidido por el ex Presidente de la CIJ Gilbert Guillaume que revisara el laudo. El comité criticó severamente el razonamiento del tribunal arbitral. Con respecto a las relaciones entre tratado y costumbre, el comité correctamente señaló que “los requisitos con arreglo el artículo XI no son los mismos que con arreglo el derecho consuetudinario internacional como ha sido codificado en el artículo 25, como las partes de hecho reconocieron durante la audiencia ante el comité. Respecto de ese punto, el comité cometió un error de derecho manifiesto”.³⁵

Desde una perspectiva más amplia, los errores contenidos en el laudo CMS así como en los otros dos laudos que siguieron este enfoque (los cuales fueron posteriormente anulados en este punto)³⁶ plantean una reflexión más fundamental. Si el cuerpo de los tratados de inversión conforma en efecto un así llamado “régimen autónomo” y desplaza la costumbre de acuerdo con el principio de *lex specialis*, este razonamiento debería funcionar no solamente para limitar el alcance de la soberanía del estado sino también para preservarla cuando una cláusula de un tratado ha sido expresamente incluida con ese propósito.

³⁴ CMS c. Argentina, Laudo, cit. supra nota 24, para. 374.

³⁵ CMS c. Argentina, Decisión de anulación cit. supra nota 24, para. 130.

³⁶ Sempra c. Argentina, Decisión de anulación, cit. supra nota 24; Enron c. Argentina, Decisión de anulación, cit. supra nota 24.

Incluso si uno fuera a considerar que el tribunal de CMS hizo referencia a la defensa del estado de necesidad para interpretar o complementar la provisión de un tratado (las categorías (i) y (iii) según la taxonomía introducida en la sección III.A), el análisis aún sería debatible por al menos dos razones. En primer lugar, la defensa del estado de necesidad no era relevante para interpretar la cláusula de emergencia porque las dos normas tienen ámbitos de aplicación diferentes. Como explicara el Comité Ad Hoc, correctamente construida como una norma secundaria, la defensa del estado de necesidad únicamente interviene cuando se haya determinado que existe una violación a una obligación internacional. Pero esta pregunta presupone que las medidas cuestionadas no exceden el alcance del tratado definido, *inter alia*, por el artículo XI. Si una medida está cubierta por la cláusula de emergencia, lo cual el comité caracterizó como un “requisito de umbral”,³⁷ entonces el tratado no es aplicable y no podría ser violado. A su vez, no existe una violación que pueda estar justificada por la defensa del estado de necesidad. Por lo tanto, no hay fundamentos para aplicar los rigurosos requisitos de la defensa del estado de necesidad (los cuales buscan circunscribir las circunstancias excepcionales en las cuales una violación puede ser excusada) a una cláusula que explícitamente deja exentas a algunas medidas de la protección otorgada por el tratado. La segunda razón por la cual una combinación de los requisitos convencionales y consuetudinarios es un error de derecho concierne a los contenidos y a las operaciones del derecho consuetudinario. Asumiendo que la cláusula de emergencia puede ser correctamente caracterizada como una excepción específica (y no una excepción general, como el artículo XI), los requisitos de la defensa del estado de necesidad aún no serían aplicables ni como guía interpretativa ni como un suplemento que aborde los asuntos no tratados por la cláusula. Esto es así porque aplicar estos requisitos más estrictos equivaldría a una interpretación restrictiva de una cláusula del tratado que expresa soberanía, lo cual sería inconsistente con la regla consuetudinaria que establece que las limitaciones a la soberanía no deben ser presumidas.³⁸ Incluso si esta regla no estuviese en uso en el derecho internacional consuetudinario contemporáneo en materia inversiones, lo cual es

³⁷ CMS c. Argentina, Decisión de anulación, cit. supra nota 24, para. 129.

³⁸ Sobre el valor de esta regla ver supra nota 7.

discutible, una combinación de las dos normas aún sería inconveniente con una interpretación neutral.

Al igual que con la doctrina del poder de policía, únicamente a través de una línea de razonamiento sumamente debatible (que caracterice a las cláusulas de emergencia como excepciones específicas, ignore el principio de *lex specialis*, ignore la presunción contra las limitaciones a la soberanía e ignore una interpretación neutral) sería posible establecer la aplicación de los requisitos del estado de necesidad a una cláusula de emergencia en un tratado. En cambio, una aplicación correcta del derecho consistiría en analizar las dos normas por separado, las cuales apuntan a situaciones diferentes. En esta aplicación por separado, la defensa consuetudinaria del estado de necesidad operaría autónomamente de acuerdo a sus propios requisitos.

D. La doctrina de las contramedidas

Aparte de la defensa del estado de necesidad, otras defensas consuetudinarias derivadas del derecho de la responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos también pueden tener una influencia en las disputas en materia de inversiones. Un ejemplo atañe a violaciones al derecho internacional justificadas con arreglo a la doctrina de las contramedidas. En al menos tres casos,³⁹ esta circunstancia que excluye la ilicitud, codificada en el artículo 22 de los artículos de la CDI, fue evocada en arbitrajes de inversión como una potencial defensa que podría justificar medidas con un impacto adverso en los inversores. Los tres tribunales reconocieron el fundamento consuetudinario de la defensa de las contramedidas⁴⁰ y discutieron su relación con los estándares de protección de las inversiones del capítulo 11 del TLCAN. A los fines del presente análisis, dos preguntas principales deben ser abordadas, concretamente, en qué medida el régimen consuetudinario sobre contramedidas puede ser excluido como resultado de, por un lado, la regulación sobre contramedidas de TLCAN y, por el otro, la naturaleza de los estándares de protección de las inversiones.

³⁹ Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexico, CIADI Caso Nro. ARB(AF)/04/5, Laudo del 21 de noviembre de 2007 ("ADM c. México"); Corn Products International Inc. c. México, CIADI Caso Nro. ARB(AF)/04/1, Decisión de Responsabilidad del 15 de enero de 2008 ("Corn Products c. México"); y Cargill Incorporated c. Mexico, CIADI Caso Nro. ARB (AF)/05/2, Laudo del 18 de septiembre de 2009 ("Cargill c. México").

⁴⁰ DM c. México, párrs. 125-126; Corn Products c. México, párr. 145; Cargill c. México, párr. 420.

La primera pregunta fue discutida en *ADM c. México* en relación con un impuesto sobre bebidas sin alcohol y jarabes que usasen endulzantes distintos de la caña de azúcar. El reclamante, un productor de un endulzante (jarabe de maíz de alta fructosa o JMAF) afectado por la medida, argumentó que el impuesto violaba las protecciones otorgadas a las inversiones por el capítulo 11 del TLCAN. El demandado hizo referencia, como parte de su defensa, al régimen consuetudinario sobre contramedidas, argumentando que el impuesto era una respuesta legítima a un incumplimiento del TLCAN por parte de los Estados Unidos, el país de origen del inversor. El tribunal analizó si el TLCAN contenía un régimen específico sobre contramedidas que operara como *lex specialis* excluyendo la aplicación del régimen consuetudinario. A su juicio, a pesar de una referencia a contramedidas en el artículo 2019 (capítulo 20) del TLCAN, el capítulo 11 no autoriza ni prohíbe el uso de contramedidas. En consecuencia, el régimen consuetudinario de contramedidas seguía siendo aplicable:

“El capítulo once no provee ni específicamente prohíbe el uso de contramedidas. Por lo tanto, la pregunta respecto de si la defensa de las contramedidas está disponible para la demandada no es una cuestión de lex specialis, sino de derecho internacional consuetudinario [...]. Con arreglo al derecho consuetudinario internacional, ‘[...] [l]a ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional suya para con otro Estado queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida [...]’ (artículo 22 de los Artículos de la CDI). Las contramedidas pueden constituir una defensa válida contra un incumplimiento del capítulo 11 en tanto el estado demandado pruebe que la medida en cuestión satisface cada una de las condiciones requeridas por el derecho internacional consuetudinario, aplicado a los hechos del caso [...]. La única instancia en la que el TLCAN hace referencia a contramedidas es en el artículo 2019. Con arreglo a dicha disposición, el incumplimiento de una decisión tomada en un arbitraje del capítulo veinte entre estados puede llevar a penalidades. Si ocurre tal incumplimiento, el estado reclamante puede tomar contramedidas consistentes en suspender concesiones de tarifas u otras obligaciones establecidas en el tratado. Fuera del artículo 2019, el TLCAN no tiene ninguna referencia expresa a las contramedidas. En consecuencia, se aplica a este caso el régimen estándar previsto en el derecho internacional consuetudinario [...]. Por lo tanto, el Tribunal está de acuerdo con la demandada en que las contramedidas pueden servir como una defensa en

un caso del capítulo once, en tanto este es un asunto que no está tratado específicamente en el capítulo once, pero es válido con arreglo al derecho internacional consuetudinario siempre que sean satisfechas ciertas condiciones” [énfasis agregado].⁴¹

Aunque el tribunal eventualmente concluyó que los requisitos para la adopción de contramedidas no habían sido plenamente satisfechos, este caso provee una clara ilustración de cómo una defensa consuetudinaria (distinta del estado de necesidad) puede cumplir una función complementaria a la ley aplicable a una disputa en ausencia de una disposición del tratado relevante que excluya esta defensa.

Una pregunta diferente pero relacionada es si la naturaleza de los estándares establecidos en el capítulo 11 podría impedir que el régimen consuetudinario de las contramedidas opere como una defensa contra un reclamo por un incumplimiento del capítulo 11. En otros dos casos surgidos a raíz del mismo impuesto fijado por México, que afectaba a los productores de JMAF, la respuesta a esta pregunta difirió de la posición del tribunal en *ADM c. México*. En *Corn Products c. México*, el tribunal sostuvo que la doctrina de las contramedidas involucra relaciones interestatales y, por lo tanto, no puede operar en un contexto inversor-estado:

“El Tribunal ha concluido, no obstante, que la doctrina de las contramedidas, ideada en el contexto de las relaciones entre estados, no es aplicable a reclamos con arreglo el capítulo XI del TLCAN. Aquellos reclamos son interpuestos por inversores, no por estados. Un propósito central del capítulo XI del TLCAN fue remover aquellos reclamos del plano inter-estatal y asegurar que los inversores pudiesen hacer valer derechos directamente contra el estado receptor. El Tribunal considera que, en el contexto de un reclamo de este tipo, no hay lugar para una defensa basada en la presunta infracción, no del reclamante, sino del estado del cual el reclamante es nacional, el cual no es parte en el procedimiento [...]. El Tribunal concluye, por lo tanto, que el inversor, como CPI, tiene derechos propios con arreglo al capítulo XI del TLCAN. Como tal, es una tercera parte en cualquier disputa entre su propio estado y otro miembro de TLCAN, y una contramedida tomada por aquel otro estado contra el estado de nacionalidad del inversor no puede privar al inversor de sus derechos. Para retomar los dos ejemplos dados por la CDI en su comentario al artículo 49(1), este es un caso que involucra derechos de una tercera parte y no meramente sus intereses. México tenía obligaciones con CPI con arreglo al

⁴¹ *ADM c. México*, cit. supra nota 39, párrs. 120-123.

capítulo XI del TLCAN distintas de las obligaciones contraídas con los Estados Unidos conforme al TLCAN en su conjunto. Incluso si la doctrina de las contramedidas pudiese operar para excluir la ilicitud de los impuestos sobre los JMAF vis-á-vis los Estados Unidos (y, por los motivos señalados más adelante, el Tribunal no tratará esta cuestión), esta doctrina no puede operar de esa manera vis-á-vis CPI” [énfasis agregado].⁴²

El tribunal, por lo tanto, excluyó la aplicación de la doctrina consuetudinaria de las contramedidas, no en razón de un argumento basado en el principio de *lex specialis*, sino debido a la inaplicabilidad de la doctrina respecto de terceras partes, incluidos inversores. Esto es así en razón de la naturaleza de los estándares de protección de las inversiones contenidos en el capítulo 11, los cuales, de acuerdo al tribunal, deben ser tratados como “derechos”. Contrariamente, el tribunal admitió que la doctrina de las contramedidas puede operar para proteger las mismas medidas vis-á-vis los Estados Unidos. Uno podría preguntarse, en este punto, si una medida que afecte a inversores extranjeros puede en ciertas circunstancias estar justificada por la doctrina consuetudinaria de las contramedidas. La respuesta depende de cómo se enmarque legalmente la situación. Los mismos hechos que desencadenan una disputa de inversión pueden también (o alternativamente) dar lugar a protección diplomática, en cuyo caso la defensa de las contramedidas puede estar disponible en contra del reclamo del estado del nacional. Como fuera señalado por el tribunal en *Cargill c. México*:

“El Tribunal concuerda con el demandado en que si un estado, a través de la protección diplomática, apoyara los reclamos de sus ciudadanos afectados por una contramedida legítima, entonces esa contramedida excluiría la ilicitud del acto que de otro modo hubiese implicado responsabilidad estatal, y los reclamos hubieren sido denegados. En el caso de la protección diplomática, sin embargo, el reclamo pertenece al estado y el estado es la parte. Más aún, el párrafo relevante del laudo en el que se menciona la decisión del tribunal nombra al estado, y no al nacional”.⁴³

Por lo tanto, de acuerdo con los tribunales de *Corn Product* y *Cargill*, dependiendo de si los estándares de protección de las inversiones son descriptos como obligaciones debidas al otro estado contratante o al inversor, será aplicable o no esta defensa consuetudinaria. Resulta

⁴² *Corn Products c. México*, cit. supra nota 39, párrs. 161, 176.

⁴³ *Cargill c. Mexico*, cit. supra nota 39, párr. 424.

interesante que el tribunal de ADM hizo referencia a la especificidad del capítulo 11 con un propósito claramente distinto, a saber, para considerar que el artículo 2019 (capítulo 20) no puede operar como *lex specialis* desplazando el régimen consuetudinario.

Los dos enfoques no son contradictorios. Reconocer la diferencia entre los capítulos 11 y 20 puede ser suficiente para concluir que una disposición en el capítulo 20 no es *lex specialis* respecto de reclamos con arreglo al capítulo 11 y, aun así, esto no equivale a decir que el régimen consuetudinario no es aplicable a tales reclamos. La pregunta respecto de la naturaleza del derecho en materia de inversiones aún es debatida. La distinción entre obligaciones debidas a otros estados y obligaciones debidas a inversores puede no ser una base suficiente para excluir el funcionamiento de la doctrina de las contramedidas. Sería difícil argumentar que la *exceptio non adimplenti contractus*,⁴⁴ cuyo carácter sinalagmático es comparable a aquel de la doctrina de las contramedidas, no podría suspender los derechos de los inversores extranjeros. Adicionalmente, determinar si una disposición de un tratado otorga “derechos” a los inversores debería requerir un análisis más detallado respecto de cómo está formulada la disposición relevante. Por lo tanto, el carácter inter-estatal de la doctrina de las contramedidas no impide necesariamente su operación en disputas inversor-estado. En todo caso, esta doctrina provee un buen ejemplo de un tema regido únicamente o mayormente por el derecho consuetudinario así como de su potencial aplicación como norma complementaria.

E. Política pública transnacional

El concepto de buena fe en el derecho internacional es tan extenso y difícil de determinar como la soberanía misma.⁴⁵ Algunas de sus muchas

⁴⁴ El artículo 60(1) de la CVDT, cit. supra nota 10, dispone que “[u]na violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra parte para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente”. El párrafo 3(b) de esta disposición agrega “[l]a violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado”. Es ampliamente reconocido que el principio básico en el que se basa este artículo es parte del derecho internacional general, a pesar de que algunos detalles pueden ser considerados desarrollo progresivo. Ver Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, 2009, pág. 730 y ss., comentario al artículo 60 (en párrs. 28-29, establece que “[e]n suma, es dudoso si el artículo 60 en su totalidad es declarativo del derecho internacional. Solamente el párrafo 1 que se refiere los tratados bilaterales presenta una imagen clara y bien definida”) y las referencias a la jurisprudencia de la CIJ y otras autoridades allí referidas.

⁴⁵ Ver Kolb, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes du droit international*, Paris, 2000.

expresiones legales se superponen con las expresiones sobre la soberanía. En efecto, un componente necesario de la soberanía es la capacidad de los estados de asegurar el respeto de valores fundamentales y de la moral pública. Injerencias profundas en la buena fe equivalen a injerencias en el *ordre public* (o políticas públicas) y, más precisamente, en los “intereses vitales [...] de una comunidad internacional más amplia, regional o universal”. La expresión anterior la he tomado prestada del emblemático estudio del profesor Pierre Lalive sobre lo que denominó “*ordre public international*” o “política pública transnacional”.⁴⁶ Lalive describió este concepto sobre la base de un número significativo de precedentes domésticos:

“De la presentación anterior, la cual no pretendía ser exhaustiva, al menos una cosa parece clara: en un creciente número de casos, jueces nacionales, a pesar de ser un órgano del estado con la función de establecer y aplicar la ley de un estado particular y de asegurar el respeto de sus principios fundamentales (en particular a través del concepto tradicional de políticas públicas externas) no han dudado en reconocer y dar efecto a una noción más amplia, más internacional o quizás supranacional, de políticas públicas, basadas en el interés vital, no sólo de la comunidad nacional a la cual el juez pertenece, sino también de una comunidad internacional más amplia, regional o universal”.⁴⁷

Sobre esta base, Lalive argumentó que los árbitros internacionales, quienes no tienen un *ordre public* doméstico, deberían a fortiori reconocer un concepto de política pública transnacional estableciendo límites fundamentales en el tipo de reclamos y conductas que pueden ser toleradas en transacciones comerciales internacionales:

“[S]i los jueces no han dudado en aceptar la idea de política pública transnacional, los árbitros internacionales por el solo hecho de su función, y permítaseme repetir esto, (a) podrían hacer lo mismo y (b) deberían estar naturalmente inclinados a hacer lo mismo, a fin de llegar a conclusiones prácticas, ya sea negativas (dejando a un lado las normas o reglas normalmente aplicables), o positivas (la aplicación imperativa, por prioridad, de ciertas normas superiores y fundamentales o principios esenciales en el derecho del comercio internacional). En ambos casos,

⁴⁶ Lalive, “*Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international*”, *Revue de l'arbitrage*, 1986, p. 329 ss. Se publicó una traducción al inglés de artículo como Lalive, “*Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration*”, *ICCA Congress Series*, págs. 257 y ss.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 97.

recurrir a políticas públicas transnacionales debería apuntar a proteger ciertos valores e intereses esenciales de la comunidad internacional (de los hombres de negocios y de los estados)".⁴⁸

Los tribunales de arbitrajes de inversión también han admitido este concepto.⁴⁹ En un conocido caso contra Kenia relacionado con actos de corrupción llevados a cabo para obtener un esquema de inversiones, el tribunal señaló que:

"El concepto de políticas públicas ('ordre public') está arraigado en la mayoría de, si no en todos, los sistemas legales. Las violaciones a las políticas públicas del estado a cargo de ejecución son motivo para rechazar el reconocimiento y la aplicación de sentencias y laudos extranjeros [...]. En este sentido, numerosos cuerpos legislativos y tribunales han decidido que un concepto estrecho de política pública debería aplicarse para laudos extranjeros. Este concepto estrecho es a menudo llamado 'política pública internacional' ('ordre public international'). Aunque este nombre sugiere que de alguna manera se trata de un principio supra-nacional, no es de hecho más que política pública doméstica aplicada a laudos extranjeros y su contenido y aplicación quedan sujetas a cada estado [...]. Sin embargo, el término 'política pública internacional' es usado a veces con otro significado, refiriéndose a un consenso internacional respecto de estándares universales y normas de conducta aceptadas que deben ser aplicadas en todos los foros" [énfasis agregado].⁵⁰

Así como con los otros conceptos generales de derecho internacional discutidos en secciones previas, es importante aclarar las relaciones entre el concepto de política pública transnacional y las disposiciones de los tratados de inversión.

Muchos tratados de inversión contienen términos denominados "cláusulas de legalidad", es decir, cláusulas que condicionan la protección otorgada por el tratado a la legalidad de la inversión conforme a las leyes domésticas.⁵¹ Los efectos de estas cláusulas han recibido cierta atención

⁴⁸ Ibid., párr. 102.

⁴⁹ Schreuer, Malintopp i, Reinisch y Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd ed., Cambridge, 2009, págs. 566-567.

⁵⁰ *World Duty Free Company Limited c. Kenya*, CIADI Caso Nro. ARB/00/7, Laudo del 4 de octubre de 2006, párrs. 138-139.

⁵¹ Joubin-Bret, "Admission and Establishment in the Context of Investment Protection", en Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford, 2008, págs. 9-28.

de parte de la doctrina.⁵² Aquí, únicamente me referiré a dichos efectos en la medida en que sea útil para analizar la interacción entre cláusulas de legalidad y el concepto de política pública transnacional. Un caso importante en este sentido es *Hamester c. Ghana*, en el cual el tribunal hizo la siguiente afirmación:

“El Tribunal considera, como fuera afirmado, por ejemplo, en Phoenix c. República Checa, que ‘no se puede suponer que los estados ofrecen acceso al mecanismo de resolución de disputas del CIADI a inversiones no realizadas en buena fe’. Una inversión no estará protegida si ha sido creada en violación de principios nacionales o internacionales de buena fe; a través de la corrupción, el fraude, conductas engañosas; o si su creación constituye por sí misma un uso indebido del sistema internacional de protección de inversiones con arreglo a la Convención CIADI. La inversión tampoco estará protegida en caso de que sea hecha en violación del derecho del país receptor (como fuera desarrollado, p. ej., por el tribunal en Phoenix) [...]. Estos son principios generales que existen independientemente del lenguaje específico empleado a estos efectos en el tratado” [énfasis agregado].⁵³

El funcionamiento de estos principios internacionales de buena fe ya había sido reconocido por otros tribunales de inversión.⁵⁴ Lo que agrega el tribunal en *Hamester* es la confirmación explícita de que tales principios funcionan autónomamente, independientemente de su incorporación en una cláusula del tratado. Más específicamente, funcionan independientemente de una cláusula del tratado. Esta observación requiere algunas aclaraciones.

Normalmente, los tratados de inversión no hacen referencia a la política pública transnacional. Sin embargo, como ha sido mencionado, contienen una cláusula de legalidad, ya sea en la definición de las

⁵² Ver, p. ej., Viñuales, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge, 2012, págs. 96-100; y Douglas, “The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2014, págs. 155 y ss.

⁵³ Gustav FW Hamester GmbH & Co KG c. Ghana, CIADI Caso Nro. ARB/07/24, Laudo del 18 de junio de 2010, párrs. 123-124.

⁵⁴ Ver *Europe Cement Investment & Trade S.A. c. Turkey*, CIADI Caso Nro. ARB(AF)/07/2, Laudo del 13 de agosto 2009, párrs. 174-175; *Siag y Clorinda Vecchi c. Egypt*, CIADI Caso Nro. ARB/05/15, Laudo del 1 de junio de 2009, párr. 450; *Europe Cement Investment & Trade S.A. c. Turkey*, CIADI Caso Nro. ARB(AF)/07/2, Laudo del 13 agosto 2009, párrs. 174-175; *Phoenix Action, Ltd. c. Czech Republic*, CIADI Caso Nro. ARB/06/5, Laudo del 15 de septiembre 2009, párr. 101; *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, CIADI Caso Nro. OD3/24, Laudo del 27 de agosto de 2008, párrs. 138-139; e *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador*, CIADI Caso Nro. ARB/03/26, Laudo del 2 de agosto de 2006, párr. 230.

inversiones protegidas o en otra parte. Dichas cláusulas son más amplias que el concepto de política pública transnacional en virtud de que muchas situaciones que son ilegales con arreglo a la ley referida en la cláusula (normalmente las leyes domésticas del país receptor) no serían necesariamente contrarias a la política pública transnacional. Sin embargo, las cláusulas de legalidad a menudo son formuladas en relación con la “realización” de una inversión (la así llamada ilegalidad “inicial”) y no con su “operación” (la así llamada ilegalidad “subsiguiente”). Las inversiones realizadas ilegalmente no se encuentran protegidas y el tribunal que se ocupe de la cuestión debe rechazar el reclamo sin entrar en el análisis de fondo (ya sea por una cuestión de jurisdicción o de admisibilidad).⁵⁵ Respecto de la ilegalidad subsiguiente, se entiende como una defensa basada en el fondo del caso.⁵⁶ Una pregunta que surge en este punto es si hay lugar para la política pública transnacional que no esté cubierta por cláusulas de legalidad. Además del hecho de que la política pública transnacional puede, en aquellos casos en que busca proteger un valor consagrado en una norma perentoria, prevalecer sobre cláusulas del tratado, también hay algo de lugar para que este concepto desempeñe una función complementaria. El carácter altamente reprehensible de la conducta prohibida por la política pública transnacional exige el rechazo del reclamo antes de llegar al análisis de fondo (nuevamente, ya sea por una cuestión de jurisdicción o de admisibilidad) incluso si la ilegalidad surgió luego de la realización de la inversión. ¿Cómo podría uno admitir que un tribunal pueda afirmar su jurisdicción para tratar un reclamo vinculado a un vehículo de inversión realizado con arreglo a todas las regulaciones aplicables, pero luego operado para el tráfico de personas o drogas? Esta es una hipótesis en la que la en algún sentido rígida distinción entre ilegalidad inicial y subsiguiente, realizada en conexión con las cláusulas de legalidad, debería ser dejada de lado, precisamente porque el concepto de política pública internacional entraría en juego.

IV. OBSERVACIONES FINALES

Las observaciones anteriores tienen la única intención de hacer un llamado de atención respecto de la interpretación de las relaciones entre

⁵⁵ En relación con el debate sobre si esta es una cuestión de jurisdicción o de admisibilidad ver Douglas, cit. supra nota 52.

⁵⁶ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*, CIADI Caso Nro.ARB/03/25, Laudo del 16 de agosto de 2007, párr. 345.

tratado y costumbre en el derecho en materia de inversiones extranjeras. Mi posición puede ser resumida en tres puntos principales.

Primero, hay muchas más discusiones respecto de las relaciones entre derecho internacional consuetudinario y tratados de inversión que el debate sobre los denominados “regímenes especiales” o el principio de *lex specialis*. Esto es algo que el relator claramente recalcó en su informe y en su cuestionario, a pesar de que la resolución no tomó una posición clara con respecto a este debate. La frecuentemente citada alusión al carácter especial de los tratados bilaterales de inversión hecha en la decisión de la CIJ respecto de las objeciones preliminares en el caso *Diallo*⁵⁷ no puede ser considerada como un apoyo a la visión simplista de que los tratados de inversión suponen un desplazamiento general del derecho internacional consuetudinario. De hecho, el propio laudo en el que se basa la oleada de arbitrajes sobre tratados, a saber, *AAPL c. Sri Lanka*, establece la visión opuesta, y las referencias constantes en arbitrajes de inversión a las reglas consuetudinarias sobre el derecho de los tratados o sobre la responsabilidad estatal por hechos internacionalmente ilícitos constituyen una clara confirmación de que, en la práctica, recurrir al derecho internacional consuetudinario es tanto necesario como útil.

Segundo, las relaciones entre tratado y costumbre deben ser dilucidadas en mayor detalle. Un análisis detallado de esta compleja topografía es necesario para capturar los matices de esta relación. La distinción que usé en este artículo sobre las tres formas principales en que las normas consuetudinarias pueden aplicarse en conjunto con los tratados de inversión –como herramientas de interpretación (categoría (i)), como normas que rigen una cuestión reemplazando las disposiciones

⁵⁷ Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo), Objeciones preliminares, Decisión del 24 de noviembre de 2007, ICJ Reports, 2007, págs. 582 y ss., párr. 88 (“La Corte debe señalar que, en el derecho internacional contemporáneo, la protección de los derechos de las compañías y los derechos de los accionistas, y la resolución de las disputas vinculadas, están regidas esencialmente por tratados, bilaterales o multilaterales, para la protección de inversiones extranjeras [...] y también por contratos entre estados e inversores extranjeros. En ese contexto, el rol de la protección diplomática en algún sentido ha desaparecido, en tanto en la práctica se ha recurrido a ella únicamente en casos poco frecuentes en los que o bien no existen los regímenes de los tratados o estos han demostrado ser inoperativos”). Sin embargo, en el párrafo 90 la Corte agrega que “el hecho invocado por Guinea de que varios acuerdos internacionales, tales como los acuerdos para la promoción y protección de inversiones extranjeras y la Convención de Washington, han establecido regímenes legales especiales que regulan la inversión extranjera, o que las disposiciones en este sentido son incluidas comúnmente en acuerdos celebrados directamente entre estados e inversores extranjeros, no es suficiente para demostrar que ha habido un cambio en las reglas consuetudinarias de protección diplomática; podrían igualmente demostrar lo contrario”.

convencionales (categoría (ii)), y como normas complementarias que rigen cuestiones no cubiertas por disposiciones convencionales (categoría (iii))– son destacadas aquí únicamente como una base para futuras discusiones y refinamientos. De hecho, los *travaux préparatoires* del IDI examinaron dos de ellas (categorías (i) y (ii)) aunque con menor detalle que el que uno hubiera deseado. Discrepo respetuosamente con el relator en la forma en que encuadró la expresión de los poderes regulatorios. Un concepto tan amplio y abarcativo como la soberanía no puede ser adecuadamente acomodado ya sea dentro de un estándar de protección de inversiones (expropiación) o en la antes mencionada categoría (ii). La mayoría de las normas que expresan los diferentes aspectos de la soberanía no tienen carácter imperativo y no podrían prevalecer sobre cláusulas de tratados como *lex superior*. Una consideración clave en este sentido yace, en mi opinión, en una comprensión más acabada de la categoría (iii).

Tercero, como mencioné en la introducción de este artículo, la mayoría de las expresiones legales u operativas sobre soberanía en el derecho internacional son de alcance general (no de una “rama” específica) y de naturaleza consuetudinaria. No reconocer y entender la operación de la categoría (iii) equivale a privar a dichos conceptos legales y, por lo tanto, a la soberanía, de un rol apropiado en el derecho en materia inversiones extranjeras. En mi análisis, identifiqué una cantidad de ambigüedades conceptuales en la aplicación de conceptos como la doctrina del poder de policía, la defensa consuetudinaria del estado de necesidad, la doctrina de las contramedidas y el concepto de políticas públicas transnacionales. La operación de estos conceptos aún es debatida porque muchas cuestiones conceptuales aún necesitan ser resueltas. Dada la importancia de calibrar los intereses legítimos de los inversores con los derechos y los deberes regulatorios de los estados, esta es un área en la que una academia más imparcial y detallada sería útil. Los argumentos basados en políticas públicas son uno de los mayores motores de la reflexión acerca de asuntos tales como el rol apropiado de los poderes regulatorios en el derecho de las inversiones extranjeras. Pero en algún punto deben dar lugar a una comprensión más técnica de los conceptos prácticos que expresan la soberanía. El derecho es un lenguaje y, curiosamente, el concepto político de soberanía aún necesita una traducción adecuada.