

## LOS INSTITUTOS DE LA EMERGENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL ESTADO ARGENTINO

Ignacio TORTEROLA\*

SUMARIO: I. *Algunas consideraciones introductorias.* II. *Los institutos de emergencia en el derecho internacional.* III. *El caso argentino. La decisión sobre las normas de emergencia del y el estado de necesidad en el arbitraje inversor-Estado.* IV. *Conclusiones sistémicas.* V. *Algunas consideraciones finales.*

### I. ALGUNAS CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

La actual crisis económica y financiera internacional está impactando en el flujo internacional de inversiones y en la conducta de los Estados respecto a su tratamiento. Asimismo, los problemas suscitados con el mercado financiero internacional han inaugurado una nueva era de activismo gubernamental en la economía de mercado, que además de los programas de rescates y de estímulo económico podrían desembocar en la nacionalización de bienes del sector privado, con la potencialidad de cambiar fundamentalmente las regulaciones financieras y comerciales en general. Mientras que este tipo de decisiones pueden afectarnos a todos, es muy probable que sea en el ámbito del *arbitraje inversor-Estado* donde muchas de estas cuestiones se resuelvan, dependiendo del tipo de medidas que los Estados lleven a cabo a fin de contrarrestar la crisis financiera internacional.<sup>1</sup>

\* Abogado argentino. A partir de 2000 es miembro del Cuerpo Servicios Exterior Argentino; a partir de 2003 ha trabajado desde el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Procuración del Tesoro de la Nación como abogado en los casos relacionados a la emergencia económica en Argentina, entre ello el caso CMS (Anulación, Sempra (Anulación), National Grind, British Gas, Metalpar y Continental contra República Argentina. Desde 2006 es el enlace entre la Procuración del Tesoro de la Nación y el CIADI en la ciudad de Washington, D. C. Las opiniones expresadas en este comentario son a título personal del autor, y en modo alguno intentan reflejar la posición del gobierno de la República Argentina o de sus ministerios y/o agencias. El autor agradece a aquellos que han leído y comentado este trabajo, especialmente a Geoffrey Rush, Diego Gosis, Verónica Lavista, Verónica Sandler y Carolina Mordini. El resultado final mucho debe a su desinteresada contribución y comentarios. Los errores y las ideas aquí expresadas, siguen siendo exclusiva responsabilidad del autor.

<sup>1</sup> En tal sentido, véase “Bailout Plan Rejected, Markets Plunge, Forcing New Scramble to Solve Crisis”, *The Wall Street Journal*, 29 de septiembre de 2008, p. 1; “Cri-

En este contexto, la *defensa de emergencia* invocada por la República Argentina en los casos iniciados en su contra como consecuencia de la crisis económica, financiera, política y social de 2001, toma inesperada vitalidad, como señalan Anne van Aaken y Jurgen Kurtz.<sup>2</sup> Esto hace también que las conclusiones que se puedan hacer aquí y los documentos que aquí se analizan excedan el marco del “caso argentino” y puedan ser expresados en términos globales. La aplicación de medidas de emergencia en el derecho internacional ya no es una cuestión exclusiva de Argentina. Como dice el título del artículo del profesor Álvarez “*The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime*”, los casos arbitrales de Argentina realmente ponen de relieve las tensiones entre las condiciones de emergencia y el derecho internacional de las inversiones.

sis Hits Europe’s Banks as US Seals Bailout Deal”, *The Wall Street Journal*, 29 de septiembre de 2008, p. 1; “US, Europe Push to Limit Crisis”, *The Wall Street Journal*, 1 de octubre de 2008, p. 1; “Fed Considers Rate Cut as Recession Fears Mount”, *The Wall Street Journal*, 2 de octubre de 2008, p. 1; “Europe Races to Shore Up Banks as Crisis Spread”, *Wall Street Journal*, 6 de octubre de 2008, p. 1; “Markets Fall on Doubts Rescues will Succeed”, *The Wall Street Journal*, 7 de octubre de 2008, p. 1; “Economic Crisis Dominates Debate”, *The Washington Post*, 8 de octubre de 2008, p. 1; “US, Britain Up in Fight to Stop Crisis”, *The Wall Street Journal*, 7 de octubre de 2008, p. 1; “Market’s 7 Day Route Leaves US Reeling”, *The Wall Street Journal*, 10 de octubre de 2008, p. 1; “Central Banks Launch Coordinated Attack”, *The Wall Street Journal*, 9 de octubre de 2008, p. 1; “Europe Raises Stakes in Bank Bailout Race”, *The Wall Street Journal*, 13 de octubre de 2008, p. 1; “US to Buy Stakes in Nation’s Largest Bank”, *The Wall Street Journal*, 14 de octubre de 2008, p. 1; “Europeans Step Up Bank Bailout”, *The Wall Street Journal*, 20 de octubre de 2008, p. 1; “Financial Storm Hits Gulf”, *The Wall Street Journal*, 27 de octubre de 2008, p. 1; “Job Losses Buffet U.S. Early, Compounding the Downturn”, *The Wall Street Journal*, 27 de octubre de 2008, p. 1; “IOU, Uncle Sam: Loans Start Today”, *The Wall Street Journal*, 27 de octubre de 2008; *Money and Investment*, p. 1, al momento de cierre de este artículo se discute la posible quiebra, impulsada por el gobierno de los Estados Unidos, de las automotrices General Motors y Chrysler. Asimismo, el gobierno de los Estados Unidos forzó el retiro del CEO de Chrysler —como condición para acceder a un nuevo *bailout* del gobierno a la empresa— y una renegociación de la empresa con la FIAT italiana para combatir la crisis terminal en la que se encuentran estas dos automotrices. Mientras tanto GM ha anunciado que cerrará todas sus plantas de producción en el territorio de los Estados Unidos por el término de nueve semanas como consecuencia del exceso de stock no comercializado de automóviles. Véase, *General Motors Anunció Despídos Masivos como parte de su Plan de Reestructuración*. La Nación, 27 de abril de 2009.

<sup>2</sup> Aaken et al., *The Global Financial Crisis*, “Will State Emergency Measures Trigger International Investment Disputes?”, *Columbia FDI Perspectives*, No. 3, March 23, 2009.

La crisis en Argentina ha dejado muchas conclusiones sobre qué se debe hacer y qué no cuando se presenta una crisis económica y financiera desde la perspectiva de los compromisos internacionales del Estado. Desde la perspectiva del *arbitraje inversor-Estado*, la crisis argentina ha desempolvado antiguas doctrinas del derecho internacional. También ha puesto en práctica otras más recientemente incorporadas a los tratados bilaterales de inversión, como la discusión sobre los efectos de las cláusulas de medidas no precluidas. El presente trabajo analiza las decisiones recientes de tribunales arbitrales<sup>3</sup> y su impacto sobre una moderna concepción de la *defensa de necesidad* a la luz de los arbitrajes inversor-Estado. También intenta ilustrar, resumir y destacar los principales estudios académicos desarrollados a partir, y como consecuencia de la crisis en Argentina, cuyo impacto hoy alcanza un horizonte mucho más comprensivo como consecuencia de la crisis económica y financiera internacional. La primera sección de este trabajo realiza un estudio general de las defensas de *emergencia* en el derecho internacional. La sección segunda analiza la aplicación de estos institutos a los casos de Argentina conforme el criterio que asumieron distintos tribunales. La sección tercera incluye algunas conclusiones sistémicas. Finalmente ofrezco algunas conclusiones personales.

## II. LOS INSTITUTOS DE EMERGENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La posibilidad de limitar el cumplimiento de ciertas obligaciones pactadas e incluso de obligaciones sociales generales frente a circunstancias extraordinarias sobrevinientes tienen varios siglos de existencia y su aplicación en mucho excede al derecho internacional. En el derecho internacional, como se analizará a continuación, es posible rastrear la aplicación de estos institutos como mínimo en las últimas décadas del siglo XVIII. Más recientemente, durante el siglo XX, los institutos antes referidos recibieron codi-

<sup>3</sup> En el presente trabajo se analiza el capítulo sobre Estado de Necesidad y Cláusula de Medidas no Precluidas (CMNP) en los casos *CMS Gas Company c. República Argentina*, Caso CIADI ARB/08/1 (Árbitros Orrego Vicuña, Rezek, Lalonde); *CMS Gas Company c. República Argentina*, Caso CIADI ARB/08/1 -Procedimiento de Anulación- (Árbitros Guillaume, Elaraby, Crawford); *LG&E c. República Argentina*, Caso CIADI ARB/02/1 (Árbitros de Mackelt, Van den Berg, Rezek); *Enron Corporation c. República Argentina*, Caso CIADI ARB/01/3 (Árbitros Orrego Vicuña, Tschantz, Van den Berg); *Sempra c. República Argentina*, caso CIADI ARB/02/16; *Metalpar y Buen Aire SA c. República Argentina*, Caso CIADI ARB/03/5 (Árbitros Oreamuno Blanco, Chabaneix, Cameron); *Continental SA c. República Argentina*, Caso CIADI ARB/03 /9. (Árbitros Sacerdoti, Veeder, Nader).

ficación a través de su incorporación a los Tratados de Amistad, Navegación y Comercio, y más recientemente a los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones. A pesar de ello, su existencia ha permanecido también vigente en el derecho internacional general, sistematizada —de alguna manera— a través de los consecutivos informes de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) y de las decisiones de los tribunales.

### 1. *Consideraciones generales*

El derecho de los Estados nacionales a defenderse y defender sus intereses esenciales es uno de los principios más tradicionales del derecho internacional.<sup>4</sup> El concepto mismo de Estado parte de la posibilidad de una nación políticamente constituida de poder mantener internamente la paz y el orden social.<sup>5</sup> Por ello, la necesidad de adoptar decisiones para proteger los intereses fundamentales del Estado surge de la necesidad de autoprotección respecto a factores externos (defensa nacional frente a ataques militares o terroristas), así como a peligros internos (revueltas internas o emergencias naturales de distinta índole).<sup>6</sup>

### 2. *El estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario*

La “necesidad” se caracteriza por una situación en la cual el afectado (en este caso el Estado) tiene que optar por no cumplir temporariamente con la obligación que le imponen sus compromisos internacionales a los fines de poder proteger sus intereses esenciales.

James Crawford define el instituto en los siguientes términos:

The term necessity (*état de nécessité*) is used to denote those exceptional cases where the only way a State can safeguard an essential interest threatened by a grave and imminent peril is, for the time being, not to perform some other international obligation of lesser weight or urgency. Under conditions narrowly defined in article 25, such a plea is recognized as a circumstance precluding wrongfulness.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Cheng, Ver Bin, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, 29-99, Grotius Publications, 1987, 1953.

<sup>5</sup> Spanish Zone of Morocco Claims, Rapport III, (1924) 2 UNRIAA 615, at 642.

<sup>6</sup> Fitzmauric, Sir Gerald, “4th Report, Yearbook of the United Nations International Law Commission”, *Law of Treaties*, 1959, vol. II, pp. 37 y ss., artículos 9-23.

<sup>7</sup> Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Introduction, Text and Commentaries, Cambridge University Press, Third Printing, 2005, p. 178.

Históricamente, la aplicación del instituto del “estado de necesidad” se remonta a finales del siglo XVII. En el célebre caso *Neptunus*, se reconoció la existencia de esta causal.<sup>8</sup> Posteriormente, en 1902, la Comisión Franco-Venezolana admitió una defensa identificable como *estado de necesidad* —aunque fue definida en tal caso como *force majeure*— al decidir:

[the respondent Government] cannot be charged with responsibility for the conditions which existed in 1899, prostrating business, paralyzing trade and commerce, and annihilating the products of agriculture; nor for the exhaustion and paralysis which followed; nor for its inability to pay its just debts; nor for the inability of the company to obtain money otherwise and elsewhere. All these are misfortunes incident to government, to business, and to human life. They do not beget claims for damages....The umpire finds no purpose or intent on the part of the respondent Government to harm or injure the claimant company in any way or in any degree. Its acts and its neglects were caused and incited by entirely different reasons and motives. Its duty was to itself. Its own preservation was paramount. Its revenues were properly devoted to that end... When traffic ceased through the confusion and havoc of war, or because there were none to ride and no products to be transported, it was a dire calamity to the country and to all its people; but it was a part of the assumed risks of the company when it entered upon its exploitation.<sup>9</sup>

El instituto fue nuevamente invocado en varias oportunidades para justificar situaciones extraordinarias en los casos:

- “Anglo-Portuguese Dispute of 1832”.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> La controversia surgió a partir de la captura de un navío de bandera estadounidense que se dirigía a Francia cargado de alimentos, por parte de fuerzas británicas, entonces en guerra con Francia. Gran Bretaña alegó que la captura estaba justificada por la amenaza de escasez de alimentos como consecuencia de la guerra. La Comisión rechazó el argumento británico, no porque hubieran negado que el estado de necesidad pudiera haber constituido una justificación de acuerdo al derecho internacional, sino porque las condiciones requeridas no se habían verificado en el caso (la Comisión Mixta que juzgó el caso había sido establecida en virtud del artículo VII del Tratado Jay de 1794). La Pradelle-Politis, *Recueil d'Arbitrages Internationales*, vol. I, p. 137.

<sup>9</sup> Caso de la *French Company of Venezuelan Railroads*, Comisión Franco-Venezolana de 1902, laudo del 31 de julio de 1905, UNRIAA vol X, p. 353.

<sup>10</sup> “In an Anglo-Portuguese dispute of 1832, the Portuguese Government argued that the pressing necessity of providing for the subsistence of certain contingents of troops engaged in quelling internal disturbances, had justified its appropriation of property owned by British subjects, notwithstanding a treaty stipulation”. Crawford, *op. cit.*, p. 179.

- “Caroline”.<sup>11</sup>
- “Russian Fur Seals”.<sup>12</sup>
- “Russian Indemnity Case”.<sup>13</sup>
- “Société Commerciale de Belgique”.<sup>14</sup>
- “Torrey Canyon”.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> “The Caroline incident of 1837, though frequently referred to as an instance of self-defense, really involved the plea of necessity at a time when the law concerning the use of force had a quite different basis than it now has. In that case, the British armed forces entered United States territory and attacked and destroyed a vessel owned by American citizens which was carrying recruits and military and other material to Canadian insurgents. In response to the American protests, the British Minister in Washington, Fox, referred to the “necessity of self-defense and self-preservation; the same point was made by counsel consulted by the British government, who stated that the conduct of the British authorities was justified because it was absolutely necessary as a measure of precaution”. Crawford, *op. cit.*, p. 179.

<sup>12</sup> “In the Russian Fur Seals controversy of 1893, the essential interest to be safeguarded against a grave and imminent peril was the natural environment in an area not subject to the jurisdiction of any State or to any international regulation. Facing the danger of extermination of a fur seal population by unrestricted hunting, the Russian Government issued a decree prohibiting sealing in an area of the high seas. In a letter to the British Ambassador dated 12 February 1893, the Russian Minister of Foreign Affairs explained that the action had been taken because of the absolute necessity of immediate provisional measures in view of the imminence of the hunting season. He emphasized the essential precautionary character of the above mentioned measures, which were taken under the pressure of exceptional circumstances and declared his willingness to conclude an agreement with the British Government with a view to a longer-term settlement of the question of sealing in the area.” Crawford, *op. cit.*, p. 179.

<sup>13</sup> “In the Russian Indemnity Case, the Ottoman Government, to justify its delay in paying its debt to the Russian Government, invoked among other reason the fact that it had been in an extremely difficult financial situation, which it described as “force majeure” but which was more like a state of necessity”. Crawford, *op. cit.*, p. 179.

<sup>14</sup> “In Société Commerciale de Belgique, the Greek Government owed money to a Belgian company under two arbitral awards. Belgium applied to the Permanent Court of International Justice for a declaration that the Greek Government, in refusing to carry out the awards, was in breach of its international obligations. The Greek Government pleaded the country’s serious budgetary and monetary situation. The Court noted that it was not within its mandate to declare whether the Greek Government was justified in not executing the arbitral awards. However, the Court implicitly accepted the basic principle, on which the two parties were in agreement”. Crawford, *op. cit.*, p. 179.

<sup>15</sup> “In March 1967 the Liberian Oil tanker Torrey Canyon went aground on submerged rocks off the coast of Cornwall outside British territorial waters, spilling large amounts of oil which threatened the English coastline. After various remedial attempts

- “Rainbow Warrior”.<sup>16</sup>

La Corte Internacional de Justicia, al resolver el caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, ha afirmado claramente que el estado de necesidad forma parte del derecho internacional consuetudinario en los siguientes términos:

The Court considers, first of all, that the state of necessity is a ground recognized by customary international law for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation.<sup>17</sup>

Los distintos relatores del Proyecto de Artículo sobre Responsabilidad Internacional del Estado han reconocido, con matices, la existencia del instituto.<sup>18</sup>

had failed, the British Government decided to bomb the ship to burn the remaining oil. This operation was carried out successfully. The British Government did not advance any legal justification for its conduct, but stressed the existence of a situation of extreme danger and claimed that the decision to bomb the ship had been taken only after all other means had failed. No international protest resulted. A convention was subsequently concluded to cover future cases where intervention might prove necessary to avert serious oil pollution”. Crawford, *op. cit.*, p. 180. Sobre esta temática también se puede consultar Di Pietro, Domenico, “State of Necessity”, *The European and Middle Eastern Arbitration Review*, 2008.

<sup>16</sup> “In the Rainbow Warrior arbitration, the Arbitral Tribunal expressed doubt as to the existence of the excuse of necessity. It noted that the Commission’s draft articles “allegedly authorizes a State to take unlawful action invoking a state of necessity” and described the Commission’s proposal as “controversial”. Crawford, *op. cit.*, p.180 y ss.

<sup>17</sup> Caso *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungria-Eslovaquia), Corte Internacional de Justicia, ¶ 51.

<sup>18</sup> Ya en los trabajos de García Amador en la década del cincuenta se reconoce expresamente esta causal. Tercer informe sobre Responsabilidad del Estado por Daños Causados en su Territorio a la Persona o Bienes de los Extranjeros, Doc. A/CN.4/111, 2/1/58, Anuario de la CDI 1958, vol. II, p. 55. García Amador había propuesto como artículo 13 de su proyecto relativo a la Responsabilidad del Estado por Daños Causados en su Territorio a la Persona o Bienes de los Extranjeros, una serie de causales eximentes, así como circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad, mencionado expresamente al estado de necesidad: Art. 13.1 ... El Estado no es responsable de los daños causados al extranjero cuando las medidas adoptadas obedezcan a una fuerza mayor, o aun estado de necesidad, determinado por un peligro grave e inminente que amenace algún interés vital del Estado, siempre que éste no lo haya provocado ni podido contrarrestar por otros medios. El párrafo 2 de ese artículo agrega que el estado de necesidad, cuando no sea admisible como causa eximente de responsabilidad, constituirá circunstancia atenuante al fijarse la cuantía de la reparación.



Los relatores especiales F. García Amador,<sup>19</sup> R. Ago<sup>20</sup> y J. Crawford<sup>21</sup> se han ocupado *in extenso* de ella, siendo la opinión preponderante que el estado de necesidad constituye una causa válida para excusar el incumplimiento de obligaciones internacionales. En el segundo informe sobre Responsabilidad del Estado, preparado en 1999, se reafirma lo expresado en los párrafos anteriores, y se sostiene que:

... la práctica de los Estados y las decisiones judiciales apoyan la opinión de que el estado de necesidad puede constituir una circunstancia que excluya la ilicitud en condiciones muy limitadas, y esta opinión se recoge en el art. 25. Los casos muestran que el estado de necesidad se ha invocado para excluir la ilicitud de hechos contrarios a una amplia variedad de obligaciones, tanto de origen consuetudinario como convencional. Se ha invocado para proteger una diversidad de intereses, incluidos la salvaguardia del medio ambiente, la preservación de la existencia misma del Estado y su población en un momento de emergencia pública, o la garantía de la seguridad de una población civil.<sup>22</sup>

### 3. *Los requisitos para la invocación efectiva del Instituto según la CDI*

El artículo 25 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estados establece los requisitos que deben ser cumplidos para invocar efectivamente el *estado de necesidad* como causal de exclusión de la ilicitud: (a) proteger un interés esencial de un peligro grave e inminente, (b) que las medidas que en consecuencia se tomen no afecten el interés esencial del Estado con el cual se ha comprometido la obligación internacional (o el interés de la comunidad internacional en general). Además se requiere que (c) el tipo de obligación internacional de que se trate no sea de aquéllas que excluyen la posibilidad de invocar *necesidad* y (d) que el Estado no haya contribuido *en forma sustancial* a la producción del peligro del cual se intenta proteger. Conforme al Proyecto de Artículos estos requisitos son acumulativos.

<sup>19</sup> Tercer informe sobre Responsabilidad del Estado por Daños Causados en su Territorio a la Persona o Bienes de los Extranjeros, anteriormente citado.

<sup>20</sup> Octavo informe sobre Responsabilidad del Estado, Doc. A/CN.4/318/Add.5-7, 29/2/1980, Anuario de la CDI 1980, vol. II, 1ª parte, p. 14.

<sup>21</sup> Segundo informe sobre Responsabilidad del Estado, Doc. A/CN/498/Add. 2, 30/4/99, Anuario de la CDI 1999, Vol. II, 1ª parte.

<sup>22</sup> *Op. cit.*, párrafo 14.



El *estado de necesidad* es un instituto del derecho internacional consuetudinario. Ésta sería, consecuentemente, la fuente de la obligación para el Estado que invoca su aplicación. Este criterio fue ratificado por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso *Gabčíkovo–Nagymaros Project*, de conformidad con el cual el estado de necesidad —expresado en los términos del artículo 25 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estados— refleja el derecho consuetudinario internacional.<sup>23</sup> De la misma cita de la CIJ antes referida<sup>24</sup> se pueden concluir otras características de esta defensa, también específicamente identificadas en el proyecto de Crawford. La defensa del estado de necesidad es un remedio de excepción y por ello el lenguaje se encuentra redactado en forma negativa “necessity may not be invoked... unless”. No obstante ello, el Proyecto de Artículos específicamente acepta la existencia del remedio. Esta solución —como explica Crawford— intenta reflejar un balance entre la existencia de la defensa y los abusos a la que se le ha sometido. Sin embargo, cabe notar, los abusos no provienen de su invocación en cuestiones de emergencia nacional, sino de su aplicación a cuestiones de seguridad.<sup>25</sup>

Respecto a la contribución por parte del Estado que invoca el *estado de necesidad*, tal contribución debe ser *sustancial*. Como veremos a continuación, ésta es especialmente importante en el caso de una crisis económica y financiera, en la medida que es inevitable que el Estado haya tenido alguna participación en ciertas cuestiones de política económica. Asimismo, la obli-

<sup>23</sup> *Gabčíkovo–Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, ICJ Reports 1997, p. 7. El Tribunal expresó: “The Court considers that the state of necessity is a ground recognized by customary international law for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation. It observes moreover that such ground for precluding wrongfulness can only be accepted on an exceptional basis. The International Law Commission was of the same opinion when it explained that it had opted for a negative form of words... Thus, according to the Commission, the state of necessity can only be invoked under certain strictly defined conditions which must be cumulatively satisfied; and the State concerned is not the sole judge of whether those conditions have been met. In the present case the following basic conditions are relevant: it must have been occasioned by an “essential interest” of the State which is the author of the act conflicting with one of its international obligations; that interest must have been threatened by a “grave and imminent peril”, the act being challenged must have been the “only means” of safeguarding it”.

<sup>24</sup> *Gabčíkovo–Nagymaros Project*, *op. cit.*, p. 7.

<sup>25</sup> Crawford, *Articles on State Responsibility*, nota al pie 398.

gación que se incumple no debe ser una obligación esencial para un tercer Estado o la comunidad internacional.<sup>26</sup>

Finalmente, el instituto no permite su invocación frente a una obligación internacional que no admita la invocación de *necesidad*. Respecto a esto último, el Tribunal en el caso *CMS* identifica muy bien este tipo de obligaciones cuando señala —introduciendo un buen ejemplo respecto al tipo de obligaciones que no quedarían cubiertos por la norma— que:

Lo primero que debe determinar el Tribunal es si el objeto y fin del Tratado excluyen el estado de necesidad. Existen, desde luego, tratados diseñados específicamente para ser aplicados en los casos de necesidad o emergencia, como aquellos que establecen normas humanitarias para situaciones de conflicto armado. En esos casos, como se explica acertadamente en los Comentarios del Artículo 25 de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la invocación del estado de necesidad queda excluida en razón del objeto y finalidad del tratado.<sup>27</sup>

#### 4. *La defensa de necesidad y sus consecuencias sobre la indemnización*

Los casos de Argentina —como se comentará luego— han ayudado a echar luz sobre los efectos de la invocación del *estado de necesidad* sobre la compensación. El Comité de Anulación en el caso *CMS* específicamente sostuvo —ratificando los términos del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado— que la norma contenida en el Artículo 27 era una norma “sin perjuicio de” lo que significa que: *a)* si las circunstancias que generaron la emergencia han desaparecido la obligación internacional renace, y *b)* la cuestión de la compensación implica una consideración caso por caso de las circunstancias que dieron lugar a la ilicitud.

#### 5. *El estado de necesidad y las cláusulas sobre medidas no precluidas*

Una cláusula de medidas no precluidas (CMNP) es una disposición de un tratado que reserva a cada uno de los Estados parte la posibilidad de tomar

<sup>26</sup> Crawford no provee demasiados detalles sobre qué tipo de obligación podría afectar un interés esencial de otro Estado. Comenta, sin embargo, que las razones del incumplimiento deben ser de mayor jerarquía que otros bienes protegidos por el tratado, lo cual es coherente con la idea misma del instituto. Por otra parte, Crawford ejemplifica un “interés de la comunidad internacional en su conjunto” con las normas *ius cogens* en el derecho internacional. Véase Crawford, *Articles, cit.*, p. 184.

<sup>27</sup> Laudo *CMS*, ¶ 353.

ciertas medidas necesarias para proteger un interés esencial del Estado, inclusive cuando tales medidas puedan significar el incumplimiento de obligaciones internacionales del Estado que la invoca. En definitiva, las cláusulas de medidas no precluidas es una cláusula de un tratado que permite tomar medidas extraordinarias ante circunstancias también extraordinarias para proteger un interés esencial del Estado. Estas cláusulas se remontan —como mínimo— a mediados del siglo XX.<sup>28</sup> Estaban presentes en los Tratados de Amistad, Navegación y Comercio firmados en la primera parte del siglo XX<sup>29</sup> (este es especialmente el caso de los tratados firmados por los Estados Unidos) y se encontraban presentes en el primer tratado bilateral de inversión entre Alemania y Pakistán 1959. Alemania y los Estados Unidos de América mantuvieron este tipo de cláusulas en sus respectivos programas de tratados bilaterales de inversión, por lo cual el modelo se ha reiterado frecuentemente.<sup>30</sup> Las CMNP pasaron luego a otros tratados y documentos internacionales, tanto bilaterales como multilaterales. Algunos países incluyeron las CMNP en sus Modelos de Tratados Bilaterales de Inversión.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Véase Burke-White y Von Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times”, U of Penn Law School, Public Law Research Paper No. 07-14, *Virginia Journal of International Law*, Winter 2008.

<sup>29</sup> “The Charles H. Sullivan Report on the Standard Provisions of the Treaty of Friendship Commerce and Navigation as they evolved through January 1, 1962... one of the earliest NMP clauses appears in the US-China FCN Treaty, signed November 4, 1946, at Art XXVI”. Véase Burke-White & von Staden, *op. cit.*, p. 5.

<sup>30</sup> “NMP clauses are contained in all thirty-nine US BITs in force, all 95 of Germany’s BITs, a number of BITs entered into by the Belgian Luxembourg Economic Union, and forty-four Indian BITs. In addition, Canada has also included NMP clauses in its BITs concluded after the mid-1990, expanding the NMP provisions over time. Collectively, these five States account for more than 200 BITs containing NMP clauses. In addition to the five States that have made NMP clauses standard in their BITs, several other countries include such provisions in their investment treaties on a more occasional basis. NMP clauses can, for example, be found in Peru’s BITs with Bolivia, Paraguay and Venezuela. Turkey’s BITs with Qatar and Morocco, China’s BIT with Singapore, New Zealand and Sri Lanka, Switzerland’s BIT with Chad, Mauritius, Uganda, and the United Arab Emirates, and Uganda’s BIT with Sudan and Eritrea. Though this list not exhaustive, it is indicative of the fact that NPM clauses are in fact relatively wide-spread and of considerable importance to the international legal regime of foreign investment”. Burke-White & von Staden, *op. cit.*, p. 9.

<sup>31</sup> Burke-White & von Staden identifican también otros Estados que han incluido, circunstancialmente, este tipo de cláusulas en sus Tratados Bilaterales de Inversión, citando como ejemplos Perú, Bolivia, Paraguay, Venezuela, Turquía, Qatar, Marruecos, China, Singapur, etc., con lo cual es probable que planteos sobre la aplicación de

En el ámbito multilateral, cláusulas CMNP aparecen en los artículos XX y XXI del GATT de 1994 y en algunos documentos de la OCDE.

Cuando una medida se dicta bajo la protección de una “cláusula de medidas no precluidas” se debe considerar que ésta no se encuentra prohibida por el tratado aplicable y que consecuentemente no lo viola. Tal como lo expresaran los Estados Unidos de América en el caso de las Plataformas Petrolíferas ante la Corte Internacional de Justicia, una CMNP es una cláusula que determina, define y delimita la obligación de las partes, simultáneamente y en el mismo nivel que otras disposiciones sustantivas del tratado”.<sup>32</sup> Entendida de esta manera, la cláusula MNP determinará y definirá también otras cláusulas del tratado como los estándares de expropiación, tratamiento justo y equitativo, seguridad y protección plena, así como la prohibición de adoptar medidas que sean arbitrarias o discriminatorias. La existencia de una CMNP en un tratado impide que el Estado que la invoca incurra en responsabilidad internacional, en la medida que su aplicación implica la aplicación misma del tratado y que, por lo tanto, el mismo no ha sido violado.<sup>33</sup> La diferencia entre una CMNP y el derecho internacional consuetudinario del *estado de necesidad* se expresa a partir de esta característica que hace de la CMNP una norma primaria. Mientras que el *estado de necesidad* se construye sobre la asunción de que una regla de derecho internacional ha sido violada, la CMNP importa en sí misma la aplicación del tratado invocado en modo de *evitar* las obligaciones contenidas. También acarrea, como consecuencia, que los requisitos para la invocación de la CMNP sean diferentes de aquellos requeridos por el derecho internacional consuetudinario para la invocación de la *necesidad*.<sup>34</sup> La diferencia entre normas primarias y secun-

estas cláusulas puedan surgir en contextos diferentes de la estructura Norte-Sur. Véase Burke-White & von Staden, *op. cit.*, p. 9.

<sup>32</sup> “... is a substantive provision that determines, defines and delimits the obligations of the parties, simultaneously with and on the same level as [other substantive provisions of IIAs]”. Oil Platforms (Iran v. U.S.), 2003 I.C.J. 90 (November 6), ¶36.

<sup>33</sup> See Phosphates in Morocco (Italy v. France), 1938 PCIJ (ser. A/B) No. 74 (Preliminary Objections).

<sup>34</sup> “Article 25 of the Draft Articles provides the following: 1. A state of necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act of that State not in conformity with an international obligation of the State unless: a) the act was the only means of safeguarding an essential interest of the State against a grave, imminent peril; b) the act did not seriously impair an essential interest of the State or States towards the obligation existed, or the community as a whole. 2. In any case, a state of necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness: a) if the international obligation with which the act of the State is not in

darias también importa consecuencias respecto al pago de compensación. Mientras que la CNMP impide la ilicitud, en el caso del artículo 27 de la CDI la posibilidad de compensación queda librada al criterio del juzgador.<sup>35</sup>

Una de las cuestiones esenciales presente en los arbitrajes de emergencia contra Argentina —y que más abajo se discute— es el carácter autojuzgable de la CMNP. En otras palabras, el nivel de deferencia hacia el Estado que la invoca. El carácter *autojuzgable* de la cláusula dependerá de alguna característica específica del tratado en cuestión, como su lenguaje, una manifestación de voluntad de las partes en el tratado o en otro documento conexo u otras circunstancias relevantes —ejemplo *travaux préparatoires*— útiles para determinar el sentido que las partes intentaron otorgarle. No todas las CMNP son *autojuzgables*, pero todas demandan deferencia hacia los actos del Estado. En la medida en que la naturaleza *autojuzgable* sea más clara, será mayor el nivel de deferencia que se debe otorgar al Estado que la invoca. Inclusive para el caso en el cual se logre determinar que la voluntad de las partes en el tratado no ha sido otorgarle a la cláusula la calidad de “*autojuzgable*”, igualmente debe otorgársele al Estado que invoca la CMPN un margen de deferencia. Como lo expresara la Corte Europea de Derechos Humanos:

The Court, finding it natural that the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one, will respect the legislature’s judgment as to what is “in the public interest” unless that judgment is manifestly without reasonable foundation (see *James and Others*, cited above, p. 32, § 46; *The Former King of Greece*, cited above, § 87; and *Zvolský and Zvolská v. the Czech Republic*, no. 46129/99, § 67 in fine, ECHR 2002-XI). The same applies necessarily, if not a fortiori, to such radical changes as those occurring at the time of German reunification, when the system changed to a market economy.<sup>36</sup>

conformity rules out the possibility of invoking it; or b) if the Government in question has contributed to the occurrence of the state of necessity”.

<sup>35</sup> Crawford, *op. cit.*, p. 189; Ver Decisión de Anulación *CMS*, ¶ 146. Burke-White y von Staden parecerían coincidir con estas conclusiones cuando sostienen: “Moreover, each potential interpretation results in a different set of circumstances in which an NMP clause transfers the risk and costs of state action in exceptional circumstances from states to investors”.

<sup>36</sup> *Jahn and Others v. Germany*, Judgment, Strasbourg, 30 de junio de 2005 ¶ 91 (2005).

Como se sostuvo anteriormente, el derecho de defensa es un derecho inalienable de cada Estado y es éste quien debe juzgar qué es lo razonable y necesario para su propia protección y preservación.<sup>37</sup> Ello significa que, en principio, el análisis sobre las circunstancias que crean la necesidad de aplicar el instituto y las medidas apropiadas y razonables para obtener el resultado quedan en la esfera de las facultades del Estado que encuentra comprometido sus intereses esenciales. Para aquellos casos en los que se logre demostrar que la intención de las partes no fue otorgar a este derecho el carácter de autojuzgable, también se debe otorgar al Estado un alto nivel de diferencia, como lo sostuvo el tribunal en el caso *S. D. Myers*: “... in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders”.<sup>38</sup>

Por otro lado, también es posible concluir que alguna corriente de doctrina entiende que una CMNP es siempre autojuzgable. Según un reciente documento de la OCDE la existencia misma de la CMNP otorga un tratamiento de plena diferencia hacia el Estado que la invoca. En relación con la naturaleza autojuzgable de las CMNP, el documento antes mencionado establece que: “... [e]ssential security concerns are self-judging. OECD investment instruments recognise that each country has a right to determine what is necessary to protect its national security”.<sup>39</sup>

### III. EL CASO ARGENTINO. LA DECISIÓN SOBRE LAS NORMAS DE EMERGENCIA DEL Y EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL ARBITRAJE INVERSOR-ESTADO

Durante la década de los noventa, la República Argentina introdujo una serie de reformas económicas y políticas concordantes con las ideas del llamado Consenso de Washington.<sup>40</sup> Una de las características de este tiempo

<sup>37</sup> *Walter Dexter et al. v. Mexico*, Mexican-US Claims Commission, decision n. 36-c, April 4, 1947.

<sup>38</sup> *S.D. Myers, Inc. v. Canada*, UNCITRAL/NAFTA Laudo Parcial de fecha 13 Noviembre de 2000, ¶ 263.

<sup>39</sup> OCDE, *Guidelines for Recipient Country Investment Policies relating to National Security*. El autor concurreó como delegado por la República Argentina al Encuentro en el cual se distribuyó y discutió el contenido del referido documento. El documento estará disponible para análisis general cuando el organismo concluya sobre la necesidad de su publicación. París, Francia. Marzo de 2009.

<sup>40</sup> Sobre los principios rectores del Consenso de Washington véase: “Staying Alive: Why the Washington Consensus is Still Going Strong. A Conversation with John Williamson”. *The Washington Post*, Sección Económica, 12 de abril de 2009.

fue la privatización de las empresas del Estado. Muchas empresas públicas pasaron de manos estatales a inversores privados, nacionales y extranjeros, favorecidas por el *swap* de deuda ofrecido por el gobierno argentino. La liquidez del mercado internacional dio también lugar a una masiva inversión extranjera en el sector privado argentino, que holgadamente superó la inversión extranjera en el sector público. Otra de las características de este periodo fue la sanción de la Ley de Convertibilidad núm. 23928. La ley tuvo como objetivo combatir los cíclicos periodos inflacionarios que afectaron a la República Argentina desde mediados de los años setenta. Para ello, la ley intentó controlar el nivel de moneda circulante en la economía, estableciendo que cada unidad de la moneda nacional emitida al mercado debía estar respaldada por una unidad de dólar estadounidense.

Los cambios en las condiciones de los mercados financieros y económicos internacionales, como consecuencia de las crisis económicas externas que caracterizaron la segunda mitad de los noventa y la poca flexibilidad del régimen de convertibilidad para adaptarse a las nuevas condiciones económicas y financieras internacionales —anteriormente mencionado—, hicieron que la economía argentina de finales de 1997 y principios de 1998 entrara en una severa recesión, la cual se profundizó con la crisis de Brasil y la posterior devaluación de la moneda de este país ocurrida en 1999. Brasil es el principal socio económico y comercial de Argentina. Las condiciones de la recesión combinadas con el efecto del cambio en los mercados internacionales de capitales crearon un círculo vicioso del cual la República Argentina difícilmente podía recuperarse manteniendo el sistema de convertibilidad. Asimismo, luego de casi una década de convertibilidad tampoco había consenso ni político ni académico sobre cómo encarar una salida ordenada sin que se volviera a la inflación galopante de los ochenta y sin enviar un mensaje negativo a los mercados.

A los fines de respaldar las consideraciones que se realizan en esta sección he consultado el testimonio de los expertos Roberto Frenkel y Mario Damill en el caso *Continental c. República Argentina*. También he consultado el testimonio de Liliana De Riz en el caso *BG c. República Argentina*. Obras de los autores citados pueden consultarse en: Damill, Mario *et al.*, “Argentina: A Decade of Currency Board. An Analysis of Growth, Employment and Income Distribution,” *Employment Paper N° 42*, International Labour Office, Geneva, 2002; Argentina: “Macroeconomic performance and crisis”, en French-Davis, R. *et al.* (comp.), “Stabilization Policies for Growth and Development, New York”, *Initiative for Policy Dialogue, Macroeconomic Task Force*, press [www.policydialogue.org](http://www.policydialogue.org); Damill, Mario *et al.*, “The Argentinean Debt: History, Default and Restructuring”, Initiative for Policy Dialogue, Working Paper Series, Columbia Univ., N. York, 2005. Available at: <http://www.gsb.columbia.edu/ipd/publications/workingpapers>.



A mediados de 2001 los ataques especulativos contra la economía y estabilidad argentinas eran incuestionables. En pocos meses escaparon de la República Argentina más de veinte mil millones de dólares.<sup>41</sup> Hacia fines de año y como consecuencia de la percibida inestabilidad macroeconómica de Argentina —el índice de riesgo del país era el más alto del mundo— comenzó un ataque masivo de los ahorristas contra las instituciones bancarias y la respuesta del gobierno argentino para evitar la quiebra del sistema financiero y bancario fue la creación del llamado “corralito”,<sup>42</sup> que afectó especialmente a los habitantes del territorio argentino y en especial a la clase media argentina. El descontento popular aumentó en una época difícil del año: las fiestas navideñas. Hacia mediados de diciembre de 2001 los mercados internacionales habían devaluado la moneda argentina. Se sucedieron saqueos de comercios, incremento de la violencia en todas sus formas, secuestros de personas y enfrentamientos con las fuerzas de seguridad. La clase media protestó con apagones y golpes de cacerolas, así también como con masivas concentraciones y marchas de protesta en las principales ciudades del país. El 19 de diciembre de 2001 más de 30 personas fallecieron en enfrentamientos entre grupos armados que la policía infructuosamente intentaba controlar.<sup>43</sup> Como señala De Riz, Argentina vivió en aquellos momentos un grave conflicto social que puso en jaque los fundamentos mismos del Estado.<sup>44</sup>

El 20 de diciembre de 2001 el presidente de la nación —democráticamente electo— Fernando de la Rúa, presentó su renuncia. Desde ese día hasta el 2 de enero de 2002 se sucedieron cinco presidentes constitucionalmente electos y el Poder Ejecutivo estuvo vacante y sin rumbo por casi diez días, mientras que los signos de protesta antes descriptos continuaban en las calles argentinas. Finalmente el Congreso de la Nación nombró presidente al entonces gobernador de la Provincia de Buenos Aires, Eduardo Duhalde. En menos de cinco días Duhalde y sus asesores redactaron una ley de emer-

<sup>41</sup> Frenkel y Damill, fuentes citadas.

<sup>42</sup> El decreto 1570/2001, popularmente conocido como “corralito” consistió en limitar la extracción de dinero de las instituciones bancarias en la República Argentina a los fines de contener la corrida bancaria a la suma de doscientos cincuenta pesos semanales. La norma también limitó la remisión de divisas al exterior, la cual se podía realizar, excepcionalmente, con autorización del Banco Central de la República Argentina.

<sup>43</sup> En los once días de saqueos que estallaron durante la administración de De la Rúa, hubo 865 saqueos, fueron detenidas 4.500 personas, resultaron heridos 172 policías y 553 civiles, y dejó un saldo de 30 civiles muertos. “Noviembre registró el récord mensual de saqueos del año”, *Nueva Mayoría*, 23 de diciembre de 2002.

<sup>44</sup> Véase De Riz, *op. cit.*, ¶9.

gencia buscando poner fin al caos existente en la República Argentina.<sup>45</sup> Esta ley es conocida como Ley de Emergencia, Ley núm. 25561 o Ley de Pesificación.<sup>46</sup> La Ley de Emergencia puso por escrito lo que los mercados ya habían decretado: la devaluación de la moneda argentina frente al dólar estadounidense. Las licencias de las empresas concesionarias privatizadas, consecuentemente, se pesificaron, sujetas a la renegociación que debía llevar adelante el Poder Ejecutivo nacional. Las renegociaciones, por su parte, se iniciaron inmediatamente, aunque debieron ser suspendidas por el elevado nivel de conflictividad social interna y por una decisión del Poder Judicial a partir de un pedido del ombudsman nacional. También se pesificaron las demás relaciones jurídicas entre privados, sujetas a un número muy reducido de excepciones.

1. *Los argumentos presentados por las demandantes (casos CMS, LG&E, Enron, Sempra, Continental, National Grid, British Gas y Metalpar)*

Desde la perspectiva del inversor los casos arbitrales en Argentina se dividen en dos grandes grupos: (a) las empresas que invirtieron en la privatización de servicios públicos y (b) las empresas que invirtieron en la adquisición de bienes dentro del sector privado. Un tercer grupo, respecto al cual no hago aquí ninguna consideración (siquiera respecto a su naturaleza de inversor bajo los términos de los TBI o del Convenio CIADI) está constituido por quienes adquirieron bonos de la deuda externa argentina.<sup>47</sup> Cada

<sup>45</sup> Laudo *LG&E*, ¶¶238 – 240.

<sup>46</sup> En su artículo 1o. la ley de emergencia establecía: “Declárase, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Nacional, la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando al Poder Ejecutivo nacional las facultades comprendidas en la presente ley, hasta el 10 de diciembre de 2003, con arreglo a las bases que se especifican seguidamente: 1. Proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios; 2. Reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos, con acento en un programa de desarrollo de las economías regionales; 3. Crear condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con la reestructuración de la deuda pública; 4. Reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el artículo 2º”.

<sup>47</sup> Este es un universo cuya caracterización misma como inversor extranjero está en discusión. Véase *Giovanna Beccara y otros c. República Argentina* (Caso CIADI ARB/07/5), *Giovanni Alemanni y otros c. República Argentina* (Caso CIADI ARB/09/09). *Giordano Alpi y otros c. República Argentina* (Caso CIADI ARB/08/09).

grupo de casos tiene características particulares, tales como el sector de la inversión, momento en que ésta tuvo lugar, entre otros, cuestión cuyo análisis excede el objeto de este trabajo. En términos generales, sin embargo, y con la excepción de CMS, ninguno de los inversores ha negado la existencia de la crisis y su gravedad.

Las empresas de servicios públicos privatizados han reclamado por la pesificación de los contratos que según el inversor modificó la estabilidad del marco regulatorio contenido en la licencia.<sup>48</sup> Estabilidad y previsibilidad serían, desde la perspectiva del inversor extranjero, parte del estándar de trato justo y equitativo contenido en los tratados bilaterales. Asimismo, tal estabilidad y previsibilidad del ordenamiento jurídico se fundamentan en las expectativas que el inversor tuvo al momento de realizar la inversión.<sup>49</sup> Las demandantes también argumentaron que Argentina había indirectamente expropiado la inversión como consecuencia del menor valor de mercado de las empresas al haber suprimido las garantías contenidas en el marco regulatorio.<sup>50</sup> La pesificación de las obligaciones es, asimismo, la medida que produce la situación dañosa en el caso de las empresas que no tenían un negocio directo con el Estado (según la alegación de Metalpar y Continental). Para las demandantes la pesificación fue innecesaria a los fines de obtener los resultados buscados, produciendo una intervención innecesaria en las relaciones jurídicas entre privados. Esta intervención poco corriente y extraordinaria<sup>51</sup> habría también alterado las expectativas del inversor extranjero.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> Véase Laudo *LG&E*, ¶¶102 y ss. “*The Tribunal concludes that the Gas Law and its implementing regulations made four guarantees to investors in the gas transport and distribution centers: (1) Article 41.1 of Decree No. 1738/92, and Section 9.2 of the Basic Rules of the License mandated that the tariffs would be calculated in US dollars before conversion into pesos; (2) Section 9.4.1.1. of the Basic Rules of the License guaranteed that the tariffs would be subject to semi-annual adjustments according to the PPI; Article 38 of Law No. 24,076 provided that tariffs were to provide an income sufficient to cover all costs and a reasonable rate of return; (4) Section 9.8 of the Basic Rules of the License guaranteed that the tariff system would not be subject to freezing or price controls without compensation*”. Véase Laudo *LG&E*, ¶120.

<sup>49</sup> Véase Laudo *LG&E*, ¶¶102 y ss.

<sup>50</sup> Véase Laudo *LG&E*, ¶¶179 y ss., a través de los cuales el Tribunal caracteriza la posición de la Demandante.

<sup>51</sup> Véase Laudo *Continental*, ¶¶64 y ss.

<sup>52</sup> El Tribunal en *Continental* refleja el argumento en los siguientes términos: “La Demandanda prometió abstenerse de interferir en los negocios bancarios y luego los congeló y los pesificó, prometió pagar su deuda pública y luego incumplió y la pesificó. Según la Demandante “esas medidas contravienen las disposiciones del TBI sobre ex-

2. *El artículo XI del Tratado Bilateral de Inversiones entre la República Argentina y los Estados Unidos de América*

En 1984 Nicaragua llevó a los Estados Unidos de América ante la Corte Internacional de Justicia por el episodio conocido como Irán-Contras. Nicaragua argumentaba una violación del Tratado de Amistad, Navegación y Comercio entre ambos países. En su decisión, el Tribunal de La Haya determinó en contra de la posición de los Estados Unidos y especialmente rechazó que una norma similar al artículo XI del TBI entre los Estados Unidos y Argentina —en discusión— fuera de naturaleza *self-judging*.<sup>53</sup> La política de *tratados bilaterales de inversión* del gobierno de Estados Unidos, que comenzó poco después, incluyó una advertencia específica a los fines de “evitar el problema del caso Nicaragua”. Se hacía notar que los Estados Unidos de América habían negociado los tratados que se remitían al Senado bajo la expresa presunción de que las controversias que se sometían a arbitraje internacional estaban limitadas por la protección de los “intereses esenciales de seguridad”. Asimismo, el lenguaje introducido por el Departamento de Estado no fue suficiente para el Senado de los Estados Unidos de América que se negó a ratificar el tratado hasta que se le incluyera un entendimiento específico de que cada parte podía tomar todas las medidas necesarias para proteger sus “intereses esenciales de seguridad”.

El mismo criterio fue ratificado por el Senado de los Estados Unidos en 1992, oportunidad en la que se preguntó si este tipo de disposiciones limitaban la protección a los inversores (norteamericanos) en sus negocios internacionales. El Senado concluyó que era necesario mantener este tipo de disposiciones a los fines de asegurar la protección de los intereses esenciales de seguridad, si tal situación llegase a presentarse.

Kenneth Vandeveld, uno de los artífices de la política de los TBI de los Estados Unidos de América, ha manifestado al respecto:

propiación, trato justo y equitativo y cumplimiento de los contratos y transferencias”. Véase Laudo *Continental*, ¶63.

<sup>53</sup> Los Estados Unidos de América resistieron la jurisdicción de la CIJ bajo el argumento que las condiciones para invocar la “protección de los intereses esenciales del Estado” era de naturaleza autojuzgable. La naturaleza autojuzgable significa que es el mismo Estado quien debe decidir en buena fe si determinadas actividades o violaciones al Tratado están justificadas por esas condiciones extraordinarias que justifican también medidas extraordinarias. De haber tenido éxito la posición de Estados Unidos la CIJ debería haber rechazado su propia jurisdicción.

When the U.S. first started negotiating BITs in the early 1980s, its overriding aim was to “to insulate private investment from politically driven foreign or domestic public policy.”<sup>54</sup> From the beginning, however, the U.S. recognized that this separation of politics and the market could not be complete; that in some cases market arrangements would have to be subordinate to political policy considerations.<sup>55</sup> One of the principal ways the BITs provided for this contingency was in “the ‘non-precluded measures’ provision,” which “permitted parties to take measures necessary to promote certain sovereign interests.”<sup>56</sup> Article XI is the “non-precluded measures provision” in the U.S.-Argentina BIT. It allows both parties to take measures necessary to maintain public order and to protect their “essential security interests.”

En definitiva, durante todo el periodo en que el TBI entre la República Argentina y los Estados Unidos de América fue negociado, firmado y ratificado, los Estados Unidos de América mantenían una posición clara de que el lenguaje contenido en el Tratado era *autojuzgable* y que cualquiera de las partes podía resolver qué circunstancias aconsejaban el dictado de medidas extraordinarias y en qué consistirían esas medidas.

El TBI entre la República Argentina y los Estados Unidos de América fue negociado entre los años 1989 y 1991 y ratificado en 1994. Aunque nada dice explícitamente respecto al carácter autojuzgable de la norma, todos sus antecedentes y los actos posteriores de los Estados Unidos de América indican que su carácter es autojuzgable. Asimismo, el texto de la norma es idéntico a otros tratados bilaterales de inversión de los Estados Unidos —incluso al mismo tratado modelo— cuya naturaleza autojuzgable no es motivo de controversia.

### 3. *El caso CMS Gas c. República Argentina*

El caso *CMS* es el primer arbitraje contra Argentina con motivo de la crisis financiera, económica y social de 2001. El caso fue iniciado con anterioridad a la devaluación y pesificación. *CMS* cuestionó la suspensión del PPI —circunstancia antes señalada—.

En su decisión, el tribunal del caso *CMS* se muestra convencido de que la crisis fue verdaderamente severa y que el argumento que nada serio había

<sup>54</sup> K. Vandeveld, *Of Politics and Markets: The Shifting Ideology of the BITs*, 11 INT'L TAX & BUS. LAW 160 y 61 (1993).

<sup>55</sup> Vandeveld, *op. cit.*, ¶164

<sup>56</sup> *Ibidem*, ¶164.

sucedido carece de mérito.<sup>57</sup> No obstante ello —y en el mismo párrafo donde califica de severa la crisis y descalifica la posición de CMS— el Tribunal concluye que el instituto del *estado de necesidad* no importa borrar las consecuencias de la ilicitud.<sup>58</sup> El Tribunal reconoce, no obstante, que la existencia misma del Estado Argentino estuvo en peligro.<sup>59</sup>

El Tribunal en CMS entendió que era debatible aceptar que el camino seguido por la República Argentina —la devaluación y pesificación de la moneda— era el único camino posible a los fines de juzgar sobre la aplicación del instituto del Estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario.<sup>60</sup> El Tribunal no identificó, sin embargo, que otro medio hubiera sido posible a los fines enfrentar la crisis de 2001.<sup>61</sup> El Tribunal también entendió que la CDI, en su proyecto de responsabilidad de los Estados, interpreta el requisito de la contribución del Estado a la situación de emergencia debe ser sustancial, es decir, que quien invoca el instituto no debió haber participado en forma sustancial en la producción de los acontecimientos. Entendieron los árbitros que éste fue el caso, y que distintos gobiernos argentinos habían sustancialmente contribuido a producir la crisis. Finalmente, el Tribunal interpretó que dado que algunos de los elementos para configurar la *necesidad* en los términos de la CDI faltaban<sup>62</sup> y que dado que éstos eran acumulativos,<sup>63</sup> la defensa no procedía bajo el derecho internacional.<sup>64</sup>

El Tribunal sostuvo que la discusión sobre necesidad y emergencia no está limitada al derecho internacional consuetudinario, ya que el propio TBI contiene normas sobre emergencia en los artículos IV (3) y XI, respectivamente.<sup>65</sup> Es sorprendente que la línea de razonamiento que sigue a esta afirmación condujo al Tribunal —sin embargo— a embarcarse en un razonamiento en el cual aplica no las normas de Viena sobre Interpretación de

<sup>57</sup> Laudo CMS, ¶320.

<sup>58</sup> Laudo CMS, ¶320 y 321.

<sup>59</sup> Laudo CMS, ¶322.

<sup>60</sup> Laudo CMS, ¶¶323 y 324.

<sup>61</sup> Laudo CMS, ¶¶323: “Which of these policy alternatives would have been better is a decision beyond the scope of the Tribunal’s task, which is to establish whether there was only one way or various ways and thus whether the requirements for the preclusion of wrongfulness have or have not been met”.

<sup>62</sup> Laudo CMS, ¶331.

<sup>63</sup> *Idem.*

<sup>64</sup> *Idem.*

<sup>65</sup> Laudo CMS, ¶ 332.

Tratados, sino los criterios de la CDI sobre Responsabilidad Internacional de los Estados, confundiendo ambas defensas y las consecuencias que de ello se derivan:

The Tribunal must conclude next that this judicial review is not limited to an examination of whether the plea has been invoked or the measures have been taken in good faith. It is a substantive review that must examine whether the state of necessity or emergency meets the conditions laid down by customary international law and the treaty provisions and whether it thus is or is not able to preclude wrongfulness.

Ello tiene mayor trascendencia aun cuando estas son las últimas palabras que el Tribunal dedicó al análisis de la emergencia bajo el Tratado.<sup>66</sup>

#### 4. *El procedimiento de anulación en el caso CMS*

El pedido de anulación presentado por la República Argentina se fundó en el exceso ejercicio de las funciones del Tribunal —artículo 52(b)— y en la falta de fundamentos de la decisión del Tribunal —artículo 52(e)—. El 18 de abril de 2006 el Comité de Anulación quedó constituido. Uno de los principales argumentos de Argentina —debidamente receptado por el Comité de Anulación— fue que nada indica en el TBI ni en su artículo XI que éste deba ser analizado bajo el prisma del instituto de la *necesidad* según el criterio de la CDI, sino que es de aplicación entre las partes el Tratado referido y las normas de interpretación contempladas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.<sup>67</sup>

El Comité determinó, en su decisión del 25 de septiembre de 2007:<sup>68</sup> *i*) que Argentina argumentó la defensa de *necesidad* tanto bajo el derecho internacional consuetudinario como bajo el tratado;<sup>69</sup> *ii*) que el Tribunal consideró que el artículo 25 de la CDI reflejaba adecuadamente el están-

<sup>66</sup> Laudo CMS, ¶¶ 337 y 353. Es relevante considerar también como expresión de la confusión el tratamiento de las consecuencias de la aplicación de las medidas.

<sup>67</sup> Solicitud de Anulación del Laudo, *website ita.law.uvic.ca/documents/cmsannulment application.pdf*

<sup>68</sup> *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*. ARB/01/8. (Árbitros Guillaume, Crawford, Elaraby). Procedimiento de Anulación. Decisión del Comité de Anulación de fecha 25 de septiembre de 2007. <http://ita.law.uvic.ca/documents/CMS-Anulacion.pdf>, consultada el 18 de abril de 2009.

<sup>69</sup> Decisión de Anulación CMS, ¶ 101.



dar internacional para las condiciones de necesidad,<sup>70</sup> y *iii*) que el Tribunal entendió que el tratado también contenía disposiciones sobre emergencia y necesidad.<sup>71</sup> El Comité analizó la cuestión enunciada bajo dos aspectos, en el siguiente orden: (a) la falta de expresar motivos en los que se fundó el laudo (artículo 52(1)e)) y la extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal (artículo 52(1)b)). Respecto a la primera cuestión, el Comité determinó que si bien el razonamiento del Tribunal pudo haber sido más claro, y que la motivación del fallo era inadecuada,<sup>72</sup> permitía —no obstante— su lectura y que las partes habían comprendido plenamente el significado de la decisión.<sup>73</sup> Respecto a la segunda cuestión, el Comité encontró —en tres oportunidades— que el Tribunal había cometido “*manifiestos errores de derecho*”<sup>74</sup> y que si se hubiera admitido la aplicación del artículo XI no hubiera existido violación del tratado.<sup>75</sup> Sin embargo, consideró también que las facultades de un Comité de Anulación son limitadas, lo cual condicionaba sus posibilidades de revertir la decisión.<sup>76</sup>

Bajo otra causal, el Comité anuló parcialmente la decisión del Tribunal. El Comité entendió que el Tribunal no había expresado los motivos en los que se había fundado en relación con la cláusula paraguas:

In the end, CMS relied on a literal interpretation of Article II(2)(c). It contended that Argentina entered into legal obligations under the License, which were obligations “with regard to the investments” under that article. Although CMS was not entitled as a minority shareholder to invoke those obligations of Argentina under Argentina law (not being the obligee), the effect of Article

<sup>70</sup> Decisión de Anulación *CMS*, ¶102.

<sup>71</sup> Decisión de Anulación *CMS*, ¶108.

<sup>72</sup> Decisión de Anulación *CMS*, ¶125.

<sup>73</sup> Decisión de Anulación *CMS*, ¶127.

<sup>74</sup> El Comité hizo estas apreciaciones al menos en los párrafos 130, 132 y 146 (si bien este último en relación con la cuestión de la compensación, pero que se deriva de la misma cuestión respecto a la aplicación del Artículo XI del TBI entre la República Argentina y los Estados Unidos de América). Decisión de Anulación *CMS*, ¶¶ 130, 132 y 146.

<sup>75</sup> Decisión de Anulación *CMS*, ¶133.

<sup>76</sup> “The Committee recalls, once more, that it has only a limited jurisdiction under Article 52 of the ICSID Convention. In the circumstances, the Committee cannot simply substitute its own view of the law and its own appreciation of the facts for those of the tribunal”. Notwithstanding the identified errors and lacunas in the award, it is the case in the end that the Tribunal applied Article XI of the Treaty. Although applying it cryptically and defectively, it applied it. There is accordingly no manifest excess of powers. Decisión de Anulación *CMS*, ¶ 136.

II(2)(c) was to give it standing to invoke them under the BIT.. it is implicit in this reasoning that the tribunal may have accepted the interpretation of Article II(2)(c) referred to in paragraph 92 above. But the Tribunal nowhere addressed this point expressly. Instead it repeatedly referred back to the Decision on Jurisdiction of 17 July 2003, where this specific matter was not dealt with at all. Further, the Tribunal's extended discussion of whether CMS had a right to compliance with the terms of the License and of the Argentine Gas Law would have been unnecessary if the basis of its decision was that Article II(2)(c) gave CMS standing to invoke obligations owned to TGN.<sup>77</sup>

El Comité también decidió que estaba entre sus facultades anular parcialmente el laudo y permitir la validez de la parte no anulada, conforme expresamente lo establece el artículo 52(3) de la Convención CIADI,<sup>78</sup> sugiriendo que dado que la responsabilidad de Argentina se desprendía de dos normas autónomas (y dos razonamientos autónomos) era posible anular parcialmente el fallo manteniendo la plena vigencia de la condena monetaria impuesta.<sup>79</sup>

##### 5. *La decisión sobre las normas de emergencia y el estado de necesidad en el caso LG&E*

A diferencia del Tribunal en *CMS*, el Tribunal de *LG&E*<sup>80</sup> se aproximó al análisis de la emergencia a partir de las cláusulas contenidas en el TBI<sup>81</sup> y enfocó su búsqueda a partir del tratado para concluir luego que las condiciones vividas en Argentina durante la crisis consentían la invocación de las normas de emergencia y que las medidas adoptadas por Argentina fueron realmente necesarias para proteger un interés esencial del Estado.<sup>82</sup> El Tribunal entendió que para que pudiera alegarse las condiciones que hacían aplicables la CMNP debía demostrarse la existencia de graves desórdenes

<sup>77</sup> Decisión de Anulación *CMS*, ¶97.

<sup>78</sup> Decisión de Anulación *CMS*, ¶99.

<sup>79</sup> Decisión de Anulación *CMS*. ¶100.

<sup>80</sup> El Tribunal estuvo compuesto por Tatiana de Mackelt (presidente), Juan Francisco Rezek y Albert Jan Van den Berg (árbitros).

<sup>81</sup> *LG&E c. República Argentina* ARB/CIADI/02/1. Decisión sobre Responsabilidad, ¶ 204. Específicamente en el párrafo 206 el Tribunal expresó que: "... el Tribunal reitera que para realizar el doble análisis antes mencionado, aplicará, en primer lugar, el Tratado, en segundo lugar el Derecho internacional general, en la medida que sea necesario y, en tercer lugar, el derecho interno argentino".

<sup>82</sup> Laudo *LG&E*, ¶ 205.

públicos y de la existencia de una crisis excepcional, a la cual intentó diferenciar de las crisis endémicas que la República Argentina ha sufrido a través de su historia,<sup>83</sup> por lo cual, luego de considerar las consecuencias de la crisis, resolvió:<sup>84</sup>

Todo este escenario negativo —económico, político y social— en su conjunto, activo las protecciones ofrecidas por el Artículo XI del Tratado, las cuales permitieron tomar medidas para mantener el orden público y controlar el descontento de la población.<sup>85</sup>

Además, el Tribunal entendió que las crisis económicas pueden configurar una situación que afecte el interés esencial de seguridad y que ello no está limitado a la acción militar o a la guerra.<sup>86</sup> También determinó que dictar la ley de emergencia fue una medida legítima del gobierno argentino<sup>87</sup> y consideró especialmente que ésta tuvo que ser elaborada en el perentorio plazo de seis días a los fines de poder dar una respuesta rápida y unilateral a la crisis.<sup>88</sup> En un *obiter dictum* el Tribunal también interpreta que los mismos hechos justifican la invocación del estado de necesidad bajo las normas del derecho internacional consuetudinario.

#### 6. *La decisión sobre las normas de emergencia y el estado de necesidad en el caso continental*

El Tribunal en el caso *Continental c. República Argentina* comenzó también analizando la norma de emergencia contenida en el Tratado. Aún más, el Tribunal interpretó que aún antes de analizar los estándares de tratamiento

<sup>83</sup> Laudo *LG&E*, ¶ 228. “De la evidencia presentada ante este Tribunal se deriva que las condiciones vividas en diciembre de 2001 representaron el grado más alto de desórdenes públicos y una amenaza a los intereses esenciales de seguridad argentinos. El período en cuestión no es simplemente un período de “problemas económicos” o de “fluctuación de los negocios” (Alegatos Post-Audiencia de las Demandantes § 14). Una crisis extremadamente severa en los sectores económico, político y social, alcanzó su climax en diciembre de 2001, amenazando el colapso total del Gobierno y del Estado Argentino”.

<sup>84</sup> Laudo *LG&E*, ¶¶ 232 a 236.

<sup>85</sup> Laudo *LG&E*, ¶ 237.

<sup>86</sup> Laudo *LG&E*, ¶ 238.

<sup>87</sup> Laudo *LG&E*, ¶ 240.

<sup>88</sup> Laudo *LG&E*, ¶ 240 y 238: I.

correspondía analizar la defensa de necesidad.<sup>89,90</sup> El Tribunal determinó que una crisis económica grave reúne las condiciones para transformarse en una causal de aplicación del artículo XI del Tratado<sup>91</sup> y que la crisis que tuvo lugar en Argentina entre 2001 y 2002 está comprendida dentro del alcance de la norma.<sup>92</sup> Para determinar el contenido del *estado de necesidad* en el

<sup>89</sup> Laudo Continental Casualty Company c. República Argentina. Caso CIADI No ARB/03/9 (Árbitros Sacerdoti, Veeder, Nader). Decisión del 5 de Setiembre de 2008, ¶161. Este tratamiento se encuentra en línea con la determinación del Comité de Anulación según la cual en caso que fuera procedente la aplicación del Artículo XI del Tratado no serían de aplicación las restantes disposiciones del mismo. Tempranamente el Tribunal distingue los distintos efectos de la defensa bajo el derecho internacional consuetudinario de aquella convencional (véase ¶¶165, 166 y ss.), manteniéndose en la misma línea que el Comité de Anulación en *CMS* respecto a los distintos efectos que tiene una defensa contenida en el tratado y una proveniente del derecho internacional consuetudinario. Es interesante notar, asimismo, que correctamente el Tribunal puso en el mismo nivel al tratamiento de los artículos IV(3) y XI del Tratado (véase ¶162).

<sup>90</sup> Laudo Continental, ¶161. “The pervasive nature of these general exceptions, which Argentina raises against all claims of Continental, might be such as to absolve Argentina, in whole or in part, from the alleged breaches and from the ensuing responsibility to pay damages. This causes the Tribunal to deal first with these general exceptions rather than starting by examining the individual claims of breach of specific articles of the BIT submitted by the Claimant”. En el mismo sentido, el Tribunal expresó en el párrafo 164 de su decisión: “The ordinary meaning of the language used, together with the object and purpose of the provision (as here highlighted and interpreted under Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties) clearly indicates that either party would not be in breach of its BIT obligations if any measure has been properly taken because it was necessary, as far as relevant here, either “for the maintenance of the public order” or for “the protection of essential security interests” of the party adopting such measures. The consequence would be that, under Art. XI, such measures would lie outside the scope of the Treaty so that the party taking it would not be in breach of the relevant BIT provision”.

<sup>91</sup> Laudo Continental, ¶¶175, 178.

<sup>92</sup> Laudo Continental, ¶¶179. Asimismo, el Tribunal señaló, en el párrafo 180: “It is impossible to deny, in the Tribunal’s view, that a crisis that brought about the sudden and chaotic abandonment of the cardinal tenet of the country’s economic life, such as the fixed convertibility rate which had been steadfastly recommended and supported for more than a decade by the IMF and the international community; the near collapse of the domestic economy; the soaring inflation; the leap in unemployment; the social hardships bringing down more than half of the population below the poverty line; the immediate threats to the health of young children, the sick and the most vulnerable members of the population, the widespread unrest and disorders; the real risk of insurrection and extreme political disturbances, the abrupt resignations of successive

artículo XI<sup>93</sup> el tribunal tomó prestado el *rationale* del artículo XX del GATT de 1947, en la medida que éste refleja —en opinión del Tribunal— el modelo de cláusulas contenido en los antiguos *tratados de amistad, comercio y navegación de los Estados Unidos de América*, los que serían —también— el origen del Artículo XI del tratado bilateral entre Argentina y los Estados Unidos de América. El Tribunal analizó (a) la importancia relativa de los intereses o valores promovidos por las medidas, (b) la contribución de la medida al logro de los fines perseguidos por ella, y (c) el impacto restrictivo de la medida en el comercio internacional. El Tribunal concluyó que hubo una relación genuina entre los medios y los fines perseguidos en los siguientes términos:

In light of the analysis we have carried out above, we believe that this was the case. In general terms, within the economic and financial situation of Argentina towards the end of 2001, the Measures at issue (the Corralito, the Corralón, the pesification, the default and the subsequent restructuring of those debt instruments involved here) were in part inevitable, or unavoidable, in part indispensable and in any case material or decisive in order to react positively to the crisis, to prevent the complete break-down of the financial system, the implosion of the economy and the growing threat to the fabric of Argentinean society and generally to assist in overcoming the crisis. In the Tribunal's view, there was undoubtedly "a genuine relationship of end and means in this respect".<sup>94</sup>

Presidents and the collapse of the Government, together with a partial breakdown of the political institutions and an extended vacuum of power; the resort to emergency legislation granting extraordinary legislative powers to the executive branch, that all of this, taken together, does not qualify as a situation where the maintenance of public order and the protection of essential security interest of Argentina as a state and as a country was vitally at stake. The fact that Argentina's Congress declared a "public emergency" in economic, financial, exchange, social and administrative matters in conformity with fundamental liberties ... There is no point in having such protection if there is nothing left to protect".

<sup>93</sup> Laudo Continental, ¶¶ 192 y ss.

<sup>94</sup> Laudo Continental, ¶197. En los párrafos siguientes el Tribunal analizó la necesidad de cada una de las medidas, la posibilidad o existencia de otras medidas alternativas (especialmente la dolarización de la economía y la necesidad de Argentina no sólo de devaluar, sino también de pesificar, y afirmó: "Thus de-dollarization seems to have represented, according to qualified observers, as almost a "must" for Argentina, in order to devalue effectively, avoid unbearable asymmetries in the allocation of the burden that devaluation entails and to stimulate the recovery. Finally, contrary to the Claimant's allegations, the de-dollarization of 2002 by Argentina was not without precedents in recent financial crises)". Laudo Continental, ¶¶ 213 y ss.

7. *La saga continua. Las decisiones en los casos Enron y Sempra*

A la decisión en *LGE* le siguieron las decisiones en los casos *Enron*<sup>95</sup> y *Sempra*,<sup>96</sup> que brindaron muy pocas sorpresas y, en cuanto refiere al tratamiento de la emergencia, siguieron la línea jurisprudencial insinuada por la decisión del caso *CMS* manteniendo la confusión entre el instituto de la necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario y las normas de emergencia del tratado.<sup>97</sup>

Lamentablemente —en mi opinión— ambas decisiones abandonaron el razonamiento del caso *CMS*, en el que el Tribunal entendió que la aplicación del estándar expropiatorio para la reparación podía curarse con la transferencia de las acciones descontando los dividendos ya distribuidos al accionista.<sup>98</sup> Sin esta característica, es prácticamente imposible evitar la doble compensación de la demandante.

<sup>95</sup> *Enron Corporation y Ponderosa Assets c. República Argentina*, CIADI/ARB/01/3.

<sup>96</sup> *Sempra Energy International c. República Argentina*, CIADI/ARB/02/16.

<sup>97</sup> Laudo *Sempra*, ¶388: “In the light of this discussion, the Tribunal concludes that Article XI is not self-judging and that judicial review is not limited in its respect to an examination of whether its invocation, or the measures adopted were taken in good faith. The judicial control must be a substantive one and concerned with whether the requirements under customary law or the Treaty have been met and can thereby preclude wrongfulness. Since the Tribunal has found above that the crisis invoked does not meet the customary law requirements of Article 25 of the Articles on State Responsibility, it concludes that necessity or emergency is not conducive in this case to the preclusion of wrongfulness and that there is no need to undertake a further judicial review under Article XI given that this Article does not set out conditions different from customary law in such regard.” En el mismo sentido, el Tribunal en el caso *ENRON* determinó: “The expert opinion of Dean Slaughter and Professor Burke-White expresses the view that the treaty regime is different and separate from customary law as it is *lex specialis*. This is no doubt correct in terms that a treaty regime specifically dealing with a given matter will prevail over more general rules of customary law. Had this been the case here the Tribunal would have started out its considerations on the basis of the Treaty provision and would have resorted to the Articles on State Responsibility only as a supplementary means. But the problem is that the Treaty itself did not deal with these elements. The Treaty thus become inseparable from the customary law standard insofar as the conditions for the operation of state of necessity is concerned. As concluded above, such requirements and conditions have not been fully met in the instant case”. Laudo *Enron*, ¶334.

<sup>98</sup> Laudo *CMS*, ¶469.

8. *Que me proteja el tratado. Las decisiones en British Gas y National Grid*

Los casos de *British Gas* y *National Grid* contra la República Argentina han sido litigados bajo los auspicios del tratado bilateral entre la República Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña.<sup>99</sup> Los hechos que dieron lugar a la controversia, al igual que en los casos anteriores, coinciden tanto en la matriz fáctica como en la argumentación jurídica con los casos *CMS* y *LG&E*. Sin embargo, el tratado bilateral antes referido carece de una norma en los términos del artículo XI del Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina. Precisamente ésta es la razón por la cual el artículo 4o. del primer tratado antes referenciado adquiere trascendencia, porque dispone:

Los inversores de una de las Partes Contratantes cuyas inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante sufran pérdidas a causa de guerra u otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, rebelión, insurrección, o motín o como consecuencia de un acto arbitrario de las autoridades ocurrido en el territorio de la otra Parte Contratante, recibirán de esta última un tratamiento no menos favorable que el otorgado por esta última Parte Contratante a sus propios inversores o a los inversores de cualquier tercer Estado en lo que se refiera a restituciones, indemnizaciones, compensaciones u otros resarcimientos. Los pagos correspondientes serán libremente transferibles.

Argentina planteó dos defensas distintas: (a) la necesidad o emergencia fundada en la norma anteriormente referida,<sup>100</sup> y (b) el instituto del *estado*

<sup>99</sup> Los casos *National Grid c. República Argentina* y *British Gas c. República Argentina* comparten casi una completa identidad fáctica con los casos revisados anteriormente tanto en relación a los hechos que dan lugar a la controversia como al marco regulatorio aplicable, especialmente en el caso de *British Gas*. Una notoria diferencia existe, no obstante, en la cláusula de jurisdicción contenida en el tratado bilateral invocado (Argentina-Reino Unido), por lo cual en ambos casos la controversia se litigó bajo el Reglamento de Arbitraje UNCITRAL, administrado por el CIADI. Entiéndase que cuando me refiero a *identidad fáctica* apunto a las condiciones de la emergencia. Existen otras circunstancias tales como el momento en que se realizó la inversión o la realización de due diligence por parte del inversor extranjero o el cumplimiento con las condiciones del contrato de concesión respecto a los cuales las cuestiones fácticas difieren sustancialmente.

<sup>100</sup> La interpretación de Argentina, reflejada por el Tribunal en su decisión, dice: “Argentina alegó que el Artículo 4 del TBI expresamente regula el supuesto de un inversor que sufre pérdidas en virtud de un estado de emergencia nacional. Por lo tanto,



*de necesidad* bajo el derecho internacional consuetudinario. El tribunal resolvió que el artículo 4o. antes referido no otorga a Argentina una defensa de necesidad contenida en el tratado y que la norma no hace otra cosa que asegurar que el Estado no trate al inversor extranjero de una manera menos favorable que a su propio inversor (o a inversores de otros Estados). El Tribunal sostiene que el TBI Argentina-Reino Unido no contiene una excepción como la contenida en el artículo XI del TBI entre Argentina y los Estados Unidos de América, de lo cual parecería concluirse que si tal norma hubiera existido el resultado habría sido diferente. El Tribunal también

el TBI legitima las acciones del Estado anfitrión siempre que el inversor extranjero sea tratado igual que los demás inversores, ya sean nacionales o extranjeros en cuanto a pérdidas sufridas en esos territorios del Estado anfitrión” (British Gas c. República Argentina, ¶373). El Tribunal también sostuvo que Argentina alegó: “Argentina afirmó que el principio del Artículo XI del TBI Argentina-EEUU existe independientemente de su inclusión en el TBI. Para Argentina, un tratado bilateral de inversión no puede prohibir la aplicación por cualquiera de las partes de medidas necesarias para el mantenimiento del orden público y para la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad” (British Gas c. República Argentina, ¶373). La posición de British Gas sobre la cuestión queda reflejada en el siguiente modo: (1) “El único punto de concurrencia con la interpretación de Argentina del Artículo 4 del TBI es que, en la opinión de BG, esta disposición no requiere que Argentina pague reparación a un inversor protegido conforme a una base específica. Simplemente requiere que si a cualquier inversor nacional o de un tercer estado se le otorga tal reparación por las pérdidas sufridas en una situación de “emergencia nacional” entre otras, entonces los inversores que califican bajo el TBI “shall be accorded treatment not less favourable...” (2) “El propósito del Artículo 4 del TBI era cubrir los casos en los que el derecho internacional general o los contratos de seguros excluyen por completo la responsabilidad del estado, o el pago de compensación. BG alegó que, en cualquier caso, ni el Artículo 4 del TBI ni alguna otra disposición del TBI legitima las medidas adoptadas por Argentina, o su negativa a pagar...” (3) “En resumen, la posición de BG es que el Artículo 4 del TBI opera en situaciones en que: (i) un inversor ha sufrido daños como resultado de un conflicto armado o circunstancias similares; pero (ii) dicho inversor no tiene un derecho a reparación bajo otra disposición del TBI, o de conformidad con el derecho consuetudinario internacional; (iii) otro inversor, ya sea nacional o extranjero, ha recibido reparación, ya sea por operación de otro tratado, del derecho interno o sencillamente de forma discrecional. En estas circunstancias, el Artículo 4 del TBI da a un inversor protegido por el derecho de recibir “un trato no menos favorable” que el otorgado a inversores que recibieron compensación u otras formas de reparación. British Gas se apoyó también en las determinaciones de los tribunales en AMT y AAPL”. Laudo British Gas, ¶¶376-379.

rechazó la aplicación del estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario.<sup>101</sup>

### 9. *National Grid c. República Argentina*

El Tribunal en *National Grid* determinó en contra de Argentina tanto bajo el artículo 4o. del Tratado como del instituto del estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario. Respecto al artículo 4o. sostuvo que en opinión del Tribunal no se trataba de una norma que expresara el *estado de necesidad* bajo el tratado sino, por el contrario, de una norma que ante determinadas circunstancias (incluida la emergencia nacional) aseguraba al inversor un nivel mínimo de tratamiento. Respecto al *estado de necesidad* bajo el derecho internacional consuetudinario, y luego de determinar que un TBI no es una norma que excluye *per se* la aplicación de la defensa del *estado de necesidad*,<sup>102</sup> entendió que Argentina había concurrido en la producción de los hechos que suscitaron la emergencia. Según el Tribunal los laudos *CMS* y *Enron* habían determinado que Argentina había concurrido en la causación de la emergencia, mientras que el tribunal en *LG&E* había indebidamente impuesto la carga de la prueba a la demandante.<sup>103</sup>

### 10. *¿Y la prueba dónde está? La decisión en el caso Metalpar c. República Argentina*

El Tribunal en el caso *Metalpar c. República Argentina* determinó que la empresa de nacionalidad chilena Metalpar y sus controladas no habían sufrido daño como consecuencia de las medidas adoptadas por el gobierno argentino durante la crisis de 2001.<sup>104</sup> El Tribunal determinó que era fútil discutir

<sup>101</sup> El presente artículo no juzga sobre la procedencia de la defensa contenida en el artículo 4 del tratado referido ni otras normas similares contenidas en otros tratados en los que la República Argentina es parte.

<sup>102</sup> “The tribunal considers that, by concluding the Treaty with the United Kingdom, the respondent did not limit its powers that as a sovereign it would have under international law except to the extent provided in the treaty”. (Laudo NG, ¶255). El Tribunal también rechazó que la defensa haya estado excluida de este tratado por ser el Reino Unido un objetor constante en la formación de la costumbre internacional. Véase Laudo *National Grid*, ¶¶ 255 y 256.

<sup>103</sup> Laudo, *British Gas*, ¶¶ 261 y 262.

<sup>104</sup> Además, el Tribunal se encontró que Metalpar no había cumplido con el ejercicio de la actividad probatoria negándose a ofrecer sus testigos para *cross-examination* así como adoptando una posición respecto a la actividad probatoria ejercida por la República Argentina que no se contradice con la práctica del arbitraje internacio-

sobre la procedencia de la defensa del *estado de necesidad* en el caso concreto. *Obiter dicta* realizó algunas determinaciones que, sin embargo, son de gran importancia para la cuestión aquí tratada. El Tribunal determinó que —como se ha referido anteriormente— el derecho de *autopreservación* es una de las obligaciones esenciales de un Estado:

“*Self preservation is one of the fundamental duties of a government of a country*”.<sup>105</sup>

El Tribunal también determinó sobre la severidad de la crisis sufrida,<sup>106</sup> aunque evitó referirse sobre la licitud de las mismas dado que consideró que carecía de jurisdicción para determinar la adecuación de las medidas adoptadas, otorgando deferencia —en ese sentido— a la decisión de las autoridades de Argentina.<sup>107</sup>

#### IV. CONCLUSIONES SISTÉMICAS

Luego de una cuidadosa lectura de los casos presentados (siguiente página), es posible obtener las siguientes conclusiones:<sup>108</sup>

*Determinaciones cuya relevancia es sistémica.* La primera cuestión de relevancia sistémica viene dada por el reconocimiento que el Estado *debe* autoprotegerse ante peligros internos o externos en modo de garantizar su propia existencia. Este principio modernamente sistematizado y expresado por Lauterpacht<sup>109</sup> ha sido reiteradamente aceptado —implícita o explícitamente— por

nal. En tal sentido, véase *Metalpar SA y Buen Aire SA c. República Argentina*, Caso CIADI ARB/03/5, Decisión del 6 de junio de 2008. Sección IV.: Difficulties with Evidence. ¶¶153 y ss.

<sup>105</sup> Laudo *Metalpar*, ¶208.

<sup>106</sup> Laudo *Metalpar*, ¶208.

<sup>107</sup> En sentido contrario, el Tribunal en el caso *Continental* analizó la adecuación de las medidas para combatir la crisis, llegando a la conclusión que éstas habían sido adecuadas en relación al interés protegido y a la efectividad en la resolución de la crisis.

<sup>108</sup> Notas al Cuadro. [1] La norma tiene una redacción similar en el artículo 4 del TBI entre la República Argentina e Inglaterra. [2] Las letras “CS” representan las palabras “Crisis Severa”, que han sido un denominador común elegido por los tribunales para definir la crisis de 2001. [2] El Comité de Anulación no decidió sobre los hechos del caso, ni sobre la correcta interpretación del Artículo XI, porque entendió que en ese caso estaría asumiendo el rol de un tribunal de apelación. Sin embargo, de su razonamiento *obiter dicta*, en relación a las normas de emergencia en el tratado y en el derecho internacional consuetudinario se pueden realizar las conclusiones que aquí se detallan. [3] Eximió de responsabilidad por un período limitado de tiempo

<sup>109</sup> Hersch, Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, 1933.

		Gravedad de la crisis	Aceptación Defensa Artículo XI	Aceptación Carácter autojuzgable	Extinción Responsabilidad Artículo XI	Aceptación Defensa Artículo IV (3)	Aceptación Artículo 25 CDI	Aceptación Carácter Consuetudinario Art. 25	Extinción Responsabilidad Artículo 25 CDI
CMS	CS <sup>2</sup>	X	X		X	X	√	X	
CMS (ANULACIÓN) <sup>3</sup>	-	√	√	√	-	√	√	√	
LG & E	CS	√	X	√ <sup>4</sup>	X	√	√	√	
ENRON	CS	X	X	X	X	X	√	X	
SEMPRA	CS	X	X	X	X	X	√	X	
BRITISH GAS	CS	-	-	X	X	X	√	X	
METALPAR	CS	-	-	-	-	-	-	-	
NATIONAL GRID	CS	-	-	X	X	X	√	X	
CONTINENTAL	CS	√	X	√	X	√	√	√	

todos los tribunales que intervinieron en los casos de Argentina. Específicamente, el Tribunal en *Metalpar* claramente señaló que: “*Self preservation is one of the fundamental duties of the government of a country. If a government disappears, chaos and great hardship for that country’s population ensue*”.<sup>110</sup>

El Tribunal en *Continental* acordó en los siguientes términos:

En cuanto a los intereses esenciales de seguridad, es preciso recordar que el derecho internacional no es ciego al requisito de que los Estados deben poder ejercer su soberanía en defensa de los intereses de su población libres de amenazas internas y externas a su seguridad y al mantenimiento del orden interno.<sup>111</sup>

*Las crisis económicas como causal de necesidad.* La crisis económica en Argentina fue de una severa gravedad y no una mera depresión del ciclo económico tal que fue definida, en todos los casos antes analizados, como “extrema”.

<sup>110</sup> Laudo *Metalpar*, ¶208. En el mismo párrafo el Tribunal agregó, sobre la posibilidad de juzgar las medidas tomadas por el gobierno argentino: “... As already mentioned, back then there were discussions, which persist to this day, on whether the measures taken at that time by Argentina’s governing leaders were appropriate and whether they were taken in a timely manner. The tribunal also expressed, in previous paragraphs, that the determination of this matter exceeds its sphere of action and moreover, is unnecessary to resolve the dispute existing between the parties”.

<sup>111</sup> Laudo *Continental*, ¶175.

Los indicadores macroeconómicos de la crisis de 2001 muestran números mucho más preocupantes que los del actual escenario internacional. No obstante lo dicho, los tribunales en los casos *CMS*, *Enron* y *Sempra* determinaron que la crisis había sido severa pero no justificaba la preclusión de la ilicitud.<sup>112</sup> El tribunal en *LG&E* —por el contrario— encontró no solamente que la crisis era severa sino que una crisis de esa naturaleza constituía una seria amenaza a un interés esencial del Estado. El Tribunal en *Continental* acordó en el mismo sentido. Los tribunales en *British Gas* y *National Grid* coincidieron que la crisis había sido severa pero rechazaron la posibilidad de que esta causal se convirtiera en una circunstancia preclusiva de la ilicitud. De ello se deriva que una de las novedades de los casos de Argentina fue aceptar que una emergencia económica puede constituir causal suficiente para invocar efectivamente una CMNP o el *estado de necesidad* como defensa obstativa y preclusiva de la ilicitud, respectivamente. La decisión del tribunal en *LG&E*, anteriormente referida, tiene una importancia sistémica en cuanto inauguró una nueva etapa en la práctica internacional relativa a las causales que pueden admitir la invocación de una CMNP o configurar un peligro grave e inminente como para admitir la aplicación efectiva del *estado de necesidad* bajo el derecho internacional consuetudinario. El tribunal en *LG&E* sostuvo en cuanto a la posibilidad de que una crisis económica comprometa un interés esencial de seguridad:

The tribunal rejects the notion that Article XI is only applicable in circumstances amounting to military action and war. Certainly, the conditions in Argentina in December 2001 called for immediate, decisive action to restore civil order and stop the economic decline. To conclude that such a severe economic crisis could not constitute an essential security interest is to diminish the havoc that the economy can wreak on the lives of an entire population and the ability of the Government to lead. When a State's economic foundation is under siege, the severity of the problem can equal that of any military invasion.

El tribunal en el caso *Continental* siguió un camino similar, aceptando que una crisis económica pueda constituir un peligro que afecta un interés esencial del Estado:

Por lo tanto puede considerarse que una crisis económica grave reúne las condiciones previstas en el Artículo XI de afectar un interés esencial de segu-

<sup>112</sup> Laudo *CMS*, ¶¶ 320, 321. Laudo *Enron*, ¶306. Laudo *Sempra*, ¶348. Los párrafos señalados en *Enron* y *Sempra* son idénticos.

ridad... El examen realizado acerca de las características básicas de la crisis que encaró Argentina a fines de 2001, y que persistió iniciado el año 2002, lleva al Tribunal a decidir que dicha crisis está comprendida dentro del alcance del Artículo XI. Argentina podía aplicar legítimamente medidas que de otro modo constituirían un incumplimiento del Tratado en esa crisis, siempre que se respetaran los demás requisitos, en primer lugar, el de un verdadero estado de necesidad.<sup>113</sup>

No obstante lo dicho, para que una crisis económica se transforme en una circunstancia que crea un peligro grave e inminente, ésta debe ser de una gravedad suficiente como para evitar que cualquier depresión en un ciclo económico pueda transformarse en una circunstancia que permita a un país arbitrariamente incumplir con sus obligaciones internacionales. Como se ha referido más arriba, en el caso del instituto del *estado de necesidad* bajo el derecho consuetudinario es indiscutido el carácter restrictivo de la defensa. En el caso de una CMNP la interpretación de las circunstancias que permiten la invocación de la cláusula así como las medidas que se tomen tienen que ser en conformidad con la buena fe.

*Compatibilidad entre los TBI y las normas de emergencia.* Finalmente, también es de carácter general considerar si el tipo de obligaciones contenidas en un TBI son de aquella naturaleza como para impedir la invocación de defensas de emergencia. Las demandantes, en varios de los casos antes estudiados, han argumentado que las obligaciones que emanan de un TBI son de tal naturaleza que inhiben la invocación de normas de emergencia, justamente porque son obligaciones que fueron pactadas para crisis de la relación jurídica entre el inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión. En la mayoría de los casos esta interpretación fue rechazada,<sup>114</sup> aunque en algu-

<sup>113</sup> Laudo *Continental*, ¶¶ 178, 179.

<sup>114</sup> Los Tribunales en los casos Enron y Sempra parecen haber optado por otra explicación, que en mi opinión es bastante conflictiva. Es importante señalar que en el capítulo dedicado al estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario nada se dice respecto a la relación entre estas normas. Sin embargo, en el capítulo referido al artículo XI del TBI con los Estados Unidos, se sostiene: “In examining this discussion, the Tribunal must first note that the object and purpose of the Treaty is, as a general proposition, to apply in situations of economic difficulty and hardship that require the protection of the international guaranteed rights of its beneficiaries. To this extent, any interpretation resulting in an escape route from the obligations defined cannot be easily reconciled with that object and purpose. Accordingly, a restrictive interpretation of any such alternative is mandatory. While there is nothing that would prevent an interpretation allowing for the inclusion of economic emergency in the context of Article XI, to interpret that such a determination is self judging would be

nos de los casos los términos de la decisión no son claros. Esto es especialmente aplicable al caso *CMS* en el cual el Tribunal parece aceptar que las obligaciones que emanan de un tratado bilateral de inversiones no son de aquéllas que por *naturaleza* impiden la aplicación de normas de emergencia, aunque también parecen condicionar tal decisión al nivel de gravedad de la crisis económica.<sup>115</sup> El Tribunal en *National Grid*, por el contrario, fue claro en señalar que no hay incompatibilidad entre el tipo de obligaciones bajo discusión:

... it is accepted that the Draft Articles represent current customary international law and, therefore, the necessity defense is admissible under the conditions listed in Article 25 of the Draft Articles. Since the contracting parties did not agree to exclude it under the Treaty, either of them is entitled to raise it.<sup>116</sup>

En mi opinión tal incompatibilidad no existe. Es cierto que un tratado bilateral se aplica en circunstancias en las cuales existe una crisis de determinadas relaciones jurídicas. Sin embargo, para que exista violación del tratado debe tratarse de algo más que la crisis de una relación jurídica, implicando específicamente la violación de alguno de los estándares contenidos en el tratado, por ejemplo, trato justo y equitativo, expropiación sin el pago de una indemnización justa e inmediata la falta de protección plena y seguridad. Inclusive en condiciones de emergencia, y especialmente en estas circunstancias, todos los estándares pueden ser garantizados en la medida que se otorgue un tratamiento razonable y de conformidad con el trato na-

definitely inconsistent with the object and purpose noted. In fact, the Treaty would be deprived of any substantive meaning.

<sup>115</sup> El Tribunal en *CMS* interpretó que un tratado bilateral se aplica (es decir, que puede ser violentado) precisamente en condiciones de crisis: “*the treaty in this case is clearly designed to protect investments at a time of economic difficulties or other circumstances leading to the adoption of adverse measures by the Government*” (¶354). Sin embargo, luego agregó: “*the question is however, how grave these economic difficulties might be. A severe crisis cannot necessarily be equated with a situation of total collapse. And in the absence of such profoundly serious conditions in terms of disruption and disintegration of society, or are likely to lead to total breakdown of the economy, emergency and necessity might acquire a different meaning*”. En conclusión, conforme el Tribunal en *CMS*, si la situación económica solamente es grave el instituto no se aplica. Ahora, si la situación es de aquellas que producen el colapso total de la economía nada indicaría que las obligaciones contenidas en el TBI son incompatibles con el instituto del *estado de necesidad*.

<sup>116</sup> Laudo *British Gas*, ¶256



cional y el principio de la nación mas favorecida. La emergencia y el respeto de los términos del tratado son dos planos diferentes pero no incompatibles.

### 1. *La CMNP y el carácter autojuzgable*

Otra característica principal de los casos de Argentina ha sido su contribución al concepto y al entendimiento de las cláusulas de medidas no precluidas. Esto es especialmente cierto en el derecho de las inversiones, en la medida que los casos de Argentina inauguraron la discusión del efecto y alcance de las CMNP en este ámbito. En tal sentido ha quedado claro que una CMNP es una defensa diferente del instituto del derecho consuetudinario del *estado de necesidad*, inclusive en el caso que la CMNP sea la consecuencia de la cristalización de tal instituto en el derecho internacional convencional, como propone el profesor José Álvarez en su obra anteriormente citada.

Asimismo, inclusive en este último caso, es muy posible que desde el momento en que se produce la cristalización de la norma de derecho consuetudinario ésta siga —ya en su forma de derecho convencional— un devenir muy diferente de la norma en su forma convencional, dada la práctica de las partes en el tratado. Lo dicho no impediría —según mi opinión— que un tribunal utilizara los requisitos de la *necesidad* bajo el derecho internacional consuetudinario para analizar el derecho que emerge de la CMNP si esas fueron las condiciones que las partes en el tratado expresamente pactaron, pero en modo alguno es posible afirmar que para una invocación efectiva de la CMNP sea necesaria la concurrencia de los elementos de la necesidad. Esto es lo que precisamente manifestó el Comité de Anulación en el caso *CMS*:

The Committee observes first that there is some analogy in the language used in Article XI of the BIT and in Article 25 of the ILC's Articles on State Responsibility. The first text mentions "necessary" measures and the second relates to the "state of necessity". However, Article XI specifies the conditions under which the Treaty may be applied, whereas Article 25 is drafted in a negative way: it excludes the application of the state of necessity on the merits, unless certain stringent conditions are met.<sup>117</sup>

*Requisitos de procedencia de la CMNP.* Algunos de los tribunales en los casos contra Argentina, que admitieron tanto la defensa bajo el derecho conven-

<sup>117</sup> Decisión de Anulación *CMS*, ¶129.

cional como consuetudinario —*LG&E* y *Continental*— utilizaron algunos de los elementos de la *necesidad* en el derecho consuetudinario para juzgar la buena fe en la invocación de la CMNP. Sin embargo, en todo momento dejaron claro el distinto efecto y condiciones de aplicabilidad de ambas normas. A modo de ejemplo, el Tribunal en *Continental* sostuvo:

... teniendo en cuenta estas diferencias entre la situación regulada por el artículo 25 de los Artículos de la CDI y la abordada por el artículo XI del TBI, las condiciones para su aplicación no son las mismas. Las condiciones estrictas a que somete el texto de la CDI la invocación de la defensa del estado de necesidad por un Estado se explica por el hecho de que puede invocarse en cualquier situación contra cualquier obligación internacional. Por lo tanto, sólo puede aceptarse con carácter excepcional. Esto no sucede siempre con el Artículo XI según su texto y su objeto en el marco del TBI. Esto lleva al Tribunal a concluir que la invocación del Artículo XI en el marco de este TBI, como disposición específica que limita las obligaciones generales (principales) de protección de la inversión, convenida bilateralmente por las partes contratantes, no está siempre sujeta a las mismas condiciones de aplicación que la invocación del estado de necesidad en virtud del derecho internacional general.<sup>118</sup>

El Tribunal en *LGE* rechazó la posibilidad de que el criterio que sea el “único medio disponible” deba trasladarse al análisis de la CMNP:

Claimants contend that the necessity defense should not be applied here because the measures implemented by Argentina were not the only means available to respond to the crisis. The Tribunal rejects this assertion. Article XI refers to the situations in which a State has no choice but to act. A State must have several responses at its disposal to maintain public order or protect its essential security interest...<sup>119</sup>

*Normas de Responsabilidad Primarias y Secundarias.* Otra cuestión esencial que surge de los casos de Argentina, en relación con las CMNP, es aquella de los distintos efectos de éstas en relación con el *estado de necesidad* como norma del derecho internacional consuetudinario. En otras palabras, los distintos efectos de una y otra norma, siendo la CMNP una norma primaria mientras que *el estado de necesidad* es una norma secundaria. En relación con esta cuestión el Comité también señaló que:

<sup>118</sup> Laudo *Continental*, ¶167.

<sup>119</sup> Laudo *LG&E*, ¶239.

Moreover, Article XI is a threshold requirement: if it applies, the substantive obligations under the Treaty do not apply. By contrast, Article 25 is an excuse which is only relevant once it has been decided that there has otherwise been a breach of those substantive obligations.<sup>120</sup>

Además:

In other terms, and to take the words of the International Court of Justice in a comparable case, if the Tribunal was satisfied by the arguments based on Article XI, it should have held that there had been “no breach” of the BIT...<sup>121</sup> If, on the contrary, state of necessity in customary international law goes to the issue of responsibility, it would be a secondary rule of international law – and this was the position taken by the ILC. In this case, the Tribunal would have been under an obligation to consider first whether there had been any breach of the BIT and whether such a breach was excluded by Article XI. Only if it concluded that there was conduct not in conformity with the Treaty would it have had to consider whether Argentina’s responsibility could be precluded in whole or in part under customary international law.<sup>122</sup>

*Consecuencias sobre la compensación.* Las consecuencias sobre la compensación también difieren en el caso que la norma invocada sea una CMNP o el *estado de necesidad* bajo el derecho internacional consuetudinario. En tal sentido, el Comité en CMS sostuvo que la CMNP implica que el tratado no ha sido violado y, en consecuencia, el periodo que estuvo cubierto por la norma no genera ningún tipo de obligación de compensar simplemente porque la obligación internacional no ha sido violada. El artículo 27 de la CDI, respecto al cual el Comité ratifica que es una norma “*sin perjuicio de*”, deja a criterio judicial la determinación de la existencia, forma y quantum de la compensación.<sup>123</sup> En los términos del Comité:

However the Committee finds its necessary to observe that here again the Tribunal made a manifest error of law. Article 27 concerns, inter alia, the consequences of the existence of the state of necessity in customary international law, but before considering this Article, even by way of obiter dicta, the Tribunal should have considered that would have been the possibility of compensation under the BIT if the measures taken by Argentina had been covered by Article XI. The answer to that question is clear enough: Article

<sup>120</sup> Decisión de Anulación CMS, ¶129.

<sup>121</sup> Decisión de Anulación CMS, ¶133.

<sup>122</sup> Decisión de Anulación CMS, ¶134.

<sup>123</sup> Decisión de Anulación CMS, ¶147.

XI, if and for so long as it applied, excluded the operation of the substantive provisions of the BIT. That being so, there could be no possibility of compensation being payable during that period.<sup>124</sup>

*Carácter autojuzgable de la CMNP.* Ninguno de los tribunales que intervinieron en los casos de Argentina, inclusive aquéllos que determinaron que había existido un compromiso hacia un interés esencial de seguridad y admitieron la defensa contenida en el artículo XI del TBI, encontró que tal norma era *autojuzgable*, a pesar —en mi opinión— de la contundente evidencia en contrario (véase más arriba sección B.e.).<sup>125</sup> La determinación del carácter autojuzgable de la CMNP está directamente relacionada con las condiciones necesarias para su invocación y sus consecuencias. Esto es justamente lo que lleva al Tribunal en el caso *Continental* a determinar que la norma no era autojuzgable, pues si así hubiera sido “la parte que invoca la naturaleza supuestamente autojuzgable de la excepción puede por ello excluir la cuestión y por lo tanto la reclamación por un incumplimiento del tratado planteada por el inversor extranjero contra el Estado receptor, del examen arbitral”.<sup>126</sup> Como se señaló oportunamente, la UNCTAD también interpreta que una CMNP *autojuzgable* excluye la posibilidad de que las medidas dictadas bajo su protección puedan ser revisadas judicialmente. El Tribunal en *LG&E*, rechaza esta interpretación, y determina —precisamente— que el carácter autojuzgable de la norma no tiene mayor relevancia porque de cualquier manera el tribunal tiene que determinar si las medidas y las circunstancias fueron interpretadas e implementadas en buena fe.

<sup>124</sup> Decisión de Anulación *CMS*, ¶146.

<sup>125</sup> Además de todos los elementos contenidos en la sección B.e.) *ut supra*, es necesario agregar que en un caso contra la República Argentina en el cual se invocó el tratado en cuestión y, al haber sido consultado el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América sobre el carácter *autojuzgable* de la norma, este órgano expresamente mantuvo por escrito que todas las cláusulas CMNP en el programa de TBIs eran *autojuzgables*. Asimismo, y pesar de los argumentos públicos de Argentina sobre el carácter *autojuzgable* de la norma, los Estados Unidos de América han mantenido silencio, el cual se ve confirmado por lo señalado en el punto anterior. Los Estados Unidos no han intentado ningún tipo de actividad con Argentina para hacer saber de una interpretación distinta. Finalmente, es importante destacar que desde el momento de su creación misma el Gobierno de los Estados Unidos ha mantenido en su programa de Tratados Bilaterales de Inversión el carácter *autojuzgable* de la norma.

<sup>126</sup> Laudo *Continental*, ¶187. Luego el Tribunal también señala que tal interpretación hace fútil la cláusula de solución de controversias contenida en el tratado. Véase, Laudo *Continental*, ¶187.

Sin dudas, los tribunales coinciden en que sea cual fuere el efecto de una CMNP *autojuzgable* siempre implica un nivel de deferencia hacia el Estado. En tal sentido el tribunal en *Continental* anotó:

Si bien como se indicó antes, una disposición como la del Artículo XI entraña naturalmente un margen de apreciación de la parte que la invoca, se debe tener cuidado de no permitir a una parte unilateralmente eludir sus obligaciones en virtud del tratado cuando no existan indicios claros textuales o de contexto.<sup>127</sup>

## 2. *El Estado de necesidad y el derecho internacional consuetudinario*

Todas las decisiones analizadas concluyeron en que el artículo 25 de la CDI expresa el derecho internacional consuetudinario del *estado de necesidad*.<sup>128</sup> Estas decisiones parten, no obstante, de la idea de que las partes coincidieron en que el artículo 25 de la CDI expresa las condiciones requeridas por el derecho internacional consuetudinario. Me permito anotar, que esta no ha sido exactamente la posición de Argentina.<sup>129</sup> Argentina reconoció que la Corte Internacional de Justicia, en el caso *Gabčycovo Nagymaros Project* sostuvo que el artículo 25 del *Proyecto de artículos* de la CDI expresaba el derecho internacional consuetudinario. Por ello, Argentina estructuró su actividad probatoria para demostrar que tales requisitos se cumplían en los casos en su contra. Argentina argumentó, no obstante, que como su título mismo indica, los artículos de la CDI son un proyecto y en consecuencia no son obligatorios para el Estado, y en este caso para el Tribunal.<sup>130</sup> El Tribunal en *CMS* reconoció tal condición y así lo indicó; en *LG&E* redujo los requisitos a tres, aunque en párrafos posteriores analiza uno a uno los requisitos enumerados por la CDI. En el párrafo 247 de su *Decisión sobre Responsabilidad* sostuvo:

The United Nations Organization has understood that the invocation of a state of necessity depends on the concurrent existence of three circumstances, namely: a danger to the survival of the State, and not for its interest, is necessary; that danger must not have been created by the acting State; finally,

<sup>127</sup> Laudo *Continental*, ¶187.

<sup>128</sup> Laudo *Enron*, ¶303.

<sup>129</sup> Entiéndase “la posición que Argentina mantuvo” en los casos en que el autor ha actuado como abogado representando a la República Argentina.

<sup>130</sup> Ésa ha sido la posición mantenida por Argentina en los casos en que me ha tocado representarla.

the danger should be serious and imminent, so that there are no other means of avoiding it.

Queda claro, como se sostuvo anteriormente, que el *estado de necesidad* es una defensa de carácter excepcional que sólo puede ser invocada cuando una circunstancia extraordinaria lo amerita. Nuevamente, el Tribunal en *LG&E* anota que:

The interest subject to protection also must be essential for the State. What qualifies as an “essential” interest is not limited to those interests referring to the State’s existence. As evidence demonstrates, economic, financial or those interests related to the protection of the State against any danger seriously compromising its internal or external situation, are also considered essential interests.<sup>131</sup>

A pesar de que el instituto del *estado de necesidad* parece otorgar menos deferencia a los actos del Estado que una CMNP, es también importante señalar aquí que la idea es que es el Estado quien está en mejores condiciones de determinar ciertas circunstancias en la aplicación del instituto. En tal sentido, inclusive la determinación del carácter esencial de un determinado interés depende de un análisis caso por caso:

Thus, an interest’s greater or lesser essential, must be determined as a function of the set of conditions in which the State finds itself under specific situations. The requirement is to appreciate the conditions of each specific case where an interest is in play, since what it essential cannot be predetermined in the abstract.<sup>132</sup>

En definitiva, si bien los requisitos son bastantes concretos —o muy concretos según el análisis mayoritario— lo importante es la invocación y aplicación de buena fe del instituto en modo que éste no se transforme en una excusa para obstaculizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado.

<sup>131</sup> Laudo *LG&E*, ¶ 251. El Tribunal cita también a algunos de los negociadores de los *Artículos* que luego comentaron el tenor de las negociaciones. “Roberto Ago has stated that essential interests include those related to “different matters such as the economy, ecology or other. Julio Barboza affirmed that the threat of an essential interest would be identified by considering, among other things, a serious threat against the existence of the State, against its political or economic survival, against the maintenance of its essential services and operational possibilities or against the conservation of internal peace or its territory’s ecology”.

<sup>132</sup> Laudo *LG&E*, ¶ 252.

Mientras tanto, e incluso en el caso en que se apliquen en forma taxativa los cuatro requisitos estipulados en el *proyecto de artículos* siempre quedan a criterio del tribunal qué circunstancias fácticas justifican la invocación y aplicación de buena fe del instituto.

## V. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

En conclusión, como consecuencia de la crisis económica, política y social de Argentina en 2001 y de los arbitrajes consecuentes iniciados por los inversores extranjeros, se han escrito más de veinte trabajos académicos sobre las normas de emergencia en su aplicación general y en particular en su aplicación específica a los casos de Argentina. Estas obras, junto con las decisiones de los nueve tribunales que se han expresado —a la fecha— sobre la aplicación del *estado de necesidad* a los casos de Argentina, facilitan un conocimiento bastante detallado sobre el funcionamiento de los institutos de la emergencia en el derecho internacional. No deben quedar dudas que el deber de autodefensa es un derecho inalienable de los Estados, que debe ser ejercido de acuerdo con el derecho internacional general, y en su caso, con los compromisos específicos asumidos bajo el derecho internacional convencional.

Hoy ya no quedan dudas que una CNMP requiere un tratamiento diferenciado que el que se acuerda al instituto del *estado de necesidad* bajo el derecho internacional consuetudinario. Asimismo, las consecuencias que se derivan de ambas normas son distintas tanto en su naturaleza como en sus consecuencias jurídicas. A la luz de esta línea de decisiones judiciales, es evidente que una CMNP tiene toda la potencialidad de evitar la ilicitud y eliminar cualquier reclamo compensatorio.

Por otra parte, ha quedado claro que la norma del artículo 27 de la CDI es una “norma sin perjuicio” quedando para el análisis caso por caso la eliminación de las condiciones de la ilicitud.

Finalmente, y de la mayor importancia sistémica —en mi opinión— es la determinación de que ciertas crisis económicas pueden tener tal magnitud y características como para justificar una amenaza a un interés esencial del estado, superando la antigua concepción que sólo una cuestión de defensa —propiamente dicha— podría constituir tal presupuesto.

En definitiva, en la medida en que los arbitrajes contra Argentina van quedando atrás, sus consecuencias sistémicas perduran.