

¿Dónde se queda la legítima expectativa de los Estados en los arbitrajes sobre inversión extranjera?

Prof. Dr. jur. James A. Graham

Director del Centro de Resolución de Controversias, Facultad Libre de Derecho de Monterrey, México

Socio, JAG Advocate – Lobo, Graham y Asociados S.C., Monterrey**

1. Sabemos que desde la descolonización, una brecha existe entre el llamado primer mundo y tercer mundo o, para retomar la fraseología moderna, entre el Norte y el Sur. Uno de los problemas principales es lo de la inversión extranjera. El Sur necesita el capital y la tecnología proviniendo del Norte, sin querer perder el control de su soberanía económica. El Norte necesita la exportación de sus empresas para asegurar de manera continua su crecimiento, aunque sus compañías no quieren someterse de manera ciega a la autoridad del Estado de recepción
2. Esa problemática se cristaliza especialmente en materia de las expropiaciones, por naturaleza la esencia del poder soberano estatal¹, al más grande perjuicio del inversionista. Sabemos que el Nuevo Orden Internacional Económico² perdió en frente del triunfo de la Resolución 1803 (XVII) que aun refleja la regla consuetudinaria que la indemnización de la expropiación se calcula con respecto a los estándares del derecho internacional y no según el derecho nacional³. Y el desarrollo jurisprudencial reciente tiende a acentuar esta tendencia más que nunca.
3. Sin embargo, tal situación es paradójica para muchos países latinoamericanos como México, quien se ve atrapado entre la doctrina Calvo prevista en su Magna Carta⁴ y su pertenencia a la OMC y, entre otros, al TLCAN. ¿Cómo conciliar un credo nacionalista que proclama que el inversionista extranjero no puede tener un trato más favorable que los nacionales, y un credo liberal que exige un trato preferencial al inversionista extranjero? Aunque los tratados internacionales no hablan de tal trato, sino de uno no discriminatorio, es cierto que muchas veces el inversionista tiene una situación jurídica privilegiada con respecto a su contraparte nacional.
4. La evolución se da desde el *obiter dictum* de la Corte Permanente de Justicia Internacional, enunciando:

“Aucune entreprise ne peut échapper aux éventualités et aux risques qui sont le résultat des conditions économiques générales. Certaines industries peuvent faire de grands profits dans une époque de prospérité générale ou bien en profitant d’un traité de commerce ou d’une modification des droits de douane mais elles sont ainsi exposées à se

** www.jagadvocate.com.

¹ Goldman, Les décisions du Conseil constitutionnel relatives aux nationalisations et le droit international, *Clunet*, 82.382.

² Resolución 3281 por la cual se adoptó el 12 de diciembre de 1974 la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, y que prevé que los litigios sobre indemnización en materia de expropiaciones serán arreglados ante los tribunales nacionales y bajo el amparo de las leyes nacionales. Véase también la resolución 90 (XVI) de junio de 1968 de los países exportadores de petróleo. Bedjaoui, *Pour un nouvel ordre économique international*, Unesco, Paris, 79.

³ Dupuy (árbitro único), *Texaco Calasiatic v. Libia*, *ILM*, 78.3; Mahmassani (árbitro único), *LIAMCO v. Libia*, *ILM* 81.100

⁴ Art. 27 fracción I.

*ruiner et à s'éteindre à cause d'une situation différente. Aucun droit acquis n'est violé dans des cas semblables par l'Etat*⁵.

De la misma manera, los tribunales italianos consideraban en aquella época que:

*"It is evident that the decision of the United Nations ... taking into consideration the date when it was taken and the international situation to which it related, constitutes a clear recognition of the international lawfulness of the Persian Nationalization Laws"*⁶;

como lo hizo también la Corte suprema de Tokio:

*"The Oil Nationalization Law was enacted ... in accordance with the resolution of the General Assembly of the United Nations relating to the exploitation of the natural resources of the various countries"*⁷.

5. Desde entonces, se consagró, según la expresión de Virally, el derecho internacional del desarrollo⁸, que tiene la misma mutación que el derecho internacional general: una objetivización creciente⁹ con la particularidad que permite a los inversionistas deslocalizar sus litigios con el Estado de recepción, escapando así, tanto a sus jurisdicciones nacionales como a sus leyes, para someter sus disputas a tribunales arbitrales internacionales, sea ante el Centro Internacional para el Arreglo de las Disputas sobre Inversiones (CIADI) o ante tribunales arbitrales constituidos bajo el amparo por ejemplo del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) (I), y quienes aplican el derecho internacional para resolver las controversias (II).

⁵ Oscar Chinn, *Rec.*, Ser. A/B, #63, 34.73.

⁶ Corte civil de Roma, *Anglo-Iranian Oil Company v. S.U.P.O.R. Company*, 13/9/54, *ILR*, 55.23.

⁷ *Anglo-Iranian Oil Company v. Idemitsu Kosan Kabushiki Kaisha*, *ILR*, 53.305, 313.

⁸ Vers un droit international du développement ?, *AFDI*, 65.3.

⁹ Como lo vamos a demostrar más adelante, la jurisprudencia tiende a ya no tomar en consideración la voluntad de los Estados parte a los tratados sobre inversión como se tendría que hacer en un sistema voluntarista triepelano, sino a instaurar de alguna manera un nuevo sistema objetivo, existente *per se*, más allá de la voluntad de las partes.

I – La deslocalización del procedimiento.

6. Se consta que la ampliación de la competencia de los tribunales arbitrales es una tendencia creciente (A), que se acompaña también por un movimiento a favor de la eliminación de las vías judiciales y administrativas del Estado (B).

A) La ampliación de la competencia arbitral

7. Con respecto a la teoría general de las jurisdicciones internacionales, se considera como principio el agotamiento de las vías administrativas y judiciales, como por ejemplo en materia de protección diplomática¹⁰ o en los procedimientos internacionales de derechos humanos¹¹. En materia de inversiones, una primera brecha inició con la Convención de Washington de 1965 estableciendo el mecanismo del CIADI¹², que en efecto prevé lo mismo, pero solamente si el Estado parte lo exige expresamente¹³. Sin embargo, con el TLCAN la regla cambia, y eso a favor de la deslocalización. En efecto, el artículo 1121 del Capítulo 11 prevé que el inversionista puede someter su reclamación directamente ante un tribunal arbitral, bajo la condición de renunciar a los procedimientos nacionales:

“Así, el Artículo 1121(2)(b) y (3) constituye una regla especial y calificada sobre la relación entre los procedimientos judiciales nacionales e internacionales y se aparta de la regla general del derecho internacional consuetudinario sobre el agotamiento de los recursos internos. Esta sustitución parece tener como objetivo primordial facilitar y agilizar el sometimiento de las reclamaciones al arbitraje del TLCAN, en oposición a la regla general de poner el arbitraje internacional a disposición de los particulares en contra de terceros Estados”¹⁴.

8. En otras palabras, se ve una eliminación rustrera de la jurisdicción nacional¹⁵. Y cuando no es posible eliminarla plenamente, los tribunales arbitrales intentan al menos competirla.

¹⁰ *The Finnish Ships Arbitration Award*, 9/5/34, RIAA, 1934.1480, 1495.

¹¹ ECHR, *Nielsen v Denmark*, Yearbook, 59. 412 at 436, 438, 440, 444), “so long as the remedy is not “obviously futile” (*The Finnish Ships Arbitration Award* at 1503-1505).

¹² Broches, *Selected Essays*, Nijhoff Publishers, La Haya, 1995.

¹³ Art 26.

¹⁴ CIADI (Kerameus, Covarrubias Bravo, Gantz), *Feldman v. Mexico*, 16/12/02.

¹⁵ Tal no es el caso cuando la violación alegada del tratado se concretizó a través de una decisión judicial de un tribunal inferior. En este caso, el demandante tiene que agotar todos los recursos internos y, en el caso, someter solamente la última decisión final a la apreciación de un tribunal arbitral (véase *infra* #15):

“It would be very strange if a State were to be confronted with liability for a breach of international law committed by its magistrate or low-ranking judicial officer when domestic avenues of appeal are not pursued, let alone exhausted. If Article 1121 were to have that effect, it would encourage resort to NAFTA tribunals rather than resort to the appellate courts and review processes of the host State, an outcome which would seem surprising, having regard to the sophisticated legal systems of the NAFTA Parties. Such an outcome would have the effect of making a State potentially liable for NAFTA violations when domestic appeal or review, if pursued, might have avoided any liability on the part of the State. Further, it is unlikely that the Parties to NAFTA would have wished to encourage recourse to NAFTA arbitration at the expense of domestic appeal or review when, in the general run of cases, domestic appeal or review would offer more wide-ranging review as they are not confined to breaches of international law. Availability is not a standard to be determined or applied in the abstract. It means reasonably available to the complainant in

9. En 1990, el Tribunal arbitral en el caso *AAPL v. Sri Lanka*¹⁶ juzgó que no es necesario para el inversionista tener una cláusula arbitral en su contrato con el Estado, si éste firmó un tratado sobre inversión extranjera que prevé el arbitraje. La sociedad AAPL de origen hong kongiana, y ubicada en Sri Lanka, sufrió importantes daños por actos de la policía local. Ninguna relación contractual existía entre la empresa y el Estado, y obviamente tampoco un acuerdo arbitral. Sin embargo, AAPL justificó su solicitud de arbitraje ante el CIADI sobre el acuerdo bilateral de protección de las inversiones entre el Reino Unido y Sri Lanka, acuerdo extendido a Hong Kong en aquella época. El acuerdo contuvo una cláusula compromisoria a favor del CIADI para “*any legal dispute arising between the Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the later in the territory of the former*”, constituyendo así la base legal de la acción¹⁷. La problemática conocida como el arbitraje “*without privity*”, según la expresión de Jan Paulsson¹⁸, es todavía objeto de debates doctrinales¹⁹, y precisamente, el saber si se trata de un arbitraje forzoso o no, en la medida que el Estado se obliga a someter cualquiera controversia al arbitraje, sin tener la posibilidad de dar un consentimiento en ausencia de una relación contractual entre él y la parte inversionista²⁰. En nuestra opinión, el arbitraje *without privity* no deroga a la regla del consentimiento, salvo que el objeto de dicho consentimiento sea más amplio que en la hipótesis de una cláusula compromisoria contractual. Sin embargo, es a preguntarse si en el caso del CIADI, tal fue realmente la voluntad de las partes. Parece que la respuesta tiene que ser negativa. En efecto, a creer los *travaux préparatoires*, y especialmente la declaración del delegado de los Países Bajos, el término “jurisdicción del Centro” en el ante-proyecto fue cambiado por “competencia del Centro”, justamente porque “la idea de jurisdicción no refleja la verdadera naturaleza del CIADI en la medida en que éste no tiene “jurisdicción” propiamente hablando sobre los Estados, contentándose de poner a su disposición medios que podrán utilizar o no, en todo soberanía, quiere decir expresando su consentimiento al arbitraje”²¹. El laudo *APPL* ¿realmente correspondió a la legítima

the light of its situation, including its financial and economic circumstances as a foreign investor, as they are affected by any conditions relating to the exercise of any local remedy. If a State attaches conditions to a right of appeal which render exercise of the right impractical, the exercise of the right is neither available nor effective nor adequate. Likewise, if a State burdens the exercise of the right directly or indirectly so as to expose the complainant to severe financial consequences, it may well be that the State has by its own actions disabled the complainant from affording the State the opportunity of redressing the matter of complaint. The scope of the need to exhaust local remedies must be considered in the light of these considerations (Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States (Final Award) (ARB[AF]/98/3) (June 26, 2003).).

¹⁶ Kosheri, Goldman, Asante (disidente): 27/6/90, *Clunet*, 92.216, Gaillard.

¹⁷ Rambaud, Des obligations de l'Etat vis-à-vis de l'investisseur étranger (*AAPL c/ Sri Lanka*), *AFDI*, 92.501.

¹⁸ *ICSID Rev*, 95.232.

¹⁹ Burdeau, Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats, *R.arb.*, 95.3, 13 ; Fouchard-Gaillard-Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, #238 sobre la polémica del Tribunal irano-americano ; Stern, Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international, *R.arb.*, 00.403.

²⁰ Así por ejemplo, un tratado bilateral previendo un arbitraje CCI prevale sobre el contrato entre dos empresas originarias de los dos Estados parte al tratado y que había previsto otro mecanismo de solución de controversias: laudo 9119/AC, 29/5/97; nulificado por: Paris, *Tarom*, 1/6/99, *R.arb.*, 00.493 y 403, Stern (*en favorem*); *Clunet*, 00.370, Loquin (*en contra*).

²¹ Stern, Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ?, *Mélanges Kahn*, Litec, Paris, 2000.223, 242.

expectativa del Estado?; o ¿se debe considerar que la decisión fue *ultra petita* véase también *ultra vires*? Y ¿que pensar del laudo *Maffezini*²²?, en donde los árbitros consideraron que la Cláusula de la Nación más Favorecida permite al demandante aprovechar de una cláusula a favor del CIADI, contenida en otro tratado bilateral sobre inversión extranjera – tratado concluyo con un Estado tercero. Y los árbitros aun no han terminado con sus creaciones pretorianas.

10. En un laudo reciente, en lo cual se decidió que la noción de control, piedra angular de la competencia del CIADI para pronunciarse sobre asuntos de inversión extranjera, no es una noción objetiva, sino pertenece como tal a la voluntad subjetiva de las partes. En efecto, en la decisión *Autopista Concesionada de Venezuela c. Venezuela*²³, el tribunal arbitral, presidido por la Profesora Kaufmann-Kohler, enunció que el requisito del artículo 25 de la Convención de Washington previendo que en presencia de una filial local se debe demostrar que ésta se encuentra bajo un control extranjero, este último término puede ser definido por las partes en sí mismas, a condición de no ser desrazonable – una afirmación que nos parece bien ¡subjetiva²⁴!
11. En este sentido, preferimos la posición conservadora expresada en el laudo final en el asunto *Loewen*, en donde el tribunal insistió en que la diversidad de nacionalidad tiene que ser continuo desde el *dies a quo* hasta el *dies ad quem*, porque se trata de una regla consuetudinaria, rechazando así el argumento del inversionista que un cambio de nacionalidad durante el procedimiento no tendría efectos en relación con el artículo 1117 del TLCAN²⁵:

“If NAFTA could be used to assert the rights of an American investor in the instant case, it would in effect create a collateral appeal from the decision of the Mississippi courts, by definition a unit of the United States government. As was pointed out earlier, the object of NAFTA is to protect outsiders who do not have access to the political or other avenues by which to seek relief from nefarious practices of governmental units”.

12. Sin embargo, el mismo TLCAN fue más allá que la Convención de Washington, previendo que “inversionista de una Parte significa una Parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que *pretenda realizar* (subrayado por nosotros), realiza o ha realizado una inversión”²⁶; en otras palabras, el tribunal arbitral tiene también competencia *rationa personae* para inversionistas potenciales, eliminando así *potencialmente* también el poder de negociación del Estado. Si en el caso *Mihaly c. Sri Lanka*²⁷, los árbitros del CIADI consideraron que los costos pre-contractuales para negociar un contrato de inversión no caen bajo el supuesto de inversión de la Convención de Washington, suponemos que la misma hipótesis tendrá la solución contraria en el marco del TLCAN en la luz de la noción de inversionista potencial. Se puede también citar en este sentido el caso *Ethyf*²⁸, en donde los árbitros afirmaron su competencia, dictando que es también una “medida” en el marco del Capítulo 11 una leyaun no

²² CIADI, laudo sobre competencia, 25/1/00, *ICSID Rev.*, 01.212.

²³ *ICSID Rev.*, 01.465.

²⁴ Aunque se debe precisar que el tribunal se baso sobre la doctrina la más autorizada, a saber las obras de Aron Broches, C.E. Amerasinghe y Christoph Scheuer.

²⁵ Laudo sobre el fondo, *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States*, 26/6/03.

²⁶ Art. 1139.

²⁷ *ICSID Rev.*, 02.140.

²⁸ Laudo final, 24/6/98.

entrada en vigor! En el mismo sentido se puede mencionar la muy comentada decisión de Lalive, Bedjaoui y Leoro Franco en el asunto de la *Fundación Allende*²⁹ sobre las medidas cautelares, otorgando la competencia de ordenar medidas provisionales sobre el solo fundamento de la jurisdicción *prima facie*. Entendemos la idea: prevenir el mal antes que se realiza. Pero queremos también destacar la reducción sustancial del campo de acción del Estado. Por una ironía de la historia, hoy ya no se trata de proteger la parte débil que sea el inversionista contra el Estado soberano; ¡es este último que aparentemente tiene que ser calificado como parte débil en frente del inversionista! Lo anterior tiene también por consecuencia que se disminuye poco a poco la posibilidad para el Estado de presentar sus casos ante tribunales nacionales.

B) ¿La eliminación de los recursos internos?

13. En el asunto *Waste Management*³⁰, el tribunal, compuesto por Cremades, Highet y Siqueiros, interpretó de manera restrictiva el artículo 1121b), que prevé que el inversionista renuncia a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial, de manera restrictiva. En efecto, los árbitros consideraron que en tal caso, las reclamaciones ante las autoridades nacionales tuvieron el mismo objeto que los presentados ante el Tribunal arbitral. Consecuentemente, en aplicación del artículo 1121b), el demandante tiene que renunciar a sus acciones nacionales antes de iniciar un procedimiento en el marco del Capítulo 11. La decisión fue vigorosamente criticada por el árbitro Highet en su opinión disidente, en donde insistió que no importa que el objeto de las reclamaciones sea idéntico, tanto que la base de la acción es distinta. En otras palabras, sería posible tener un procedimiento nacional para la violación del contrato entre el inversionista y el Estado y un procedimiento internacional para las violaciones del Tratado.
14. Y tal es la solución consagrada en la decisión del Comité de revisión en el asunto *Vivendi*³¹. Sus miembros Fortier, Crawford y Fernández Rozas decidieron que se debe distinguir entre la violación del contrato de inversiones, susceptible en el caso de ser juzgado ante el tribunal designado por las partes –el tribunal administrativo de la provincia de Tucumán – y la violación del tratado sobre inversión que tendrá ser juzgado por el tribunal designado en el tratado –el CIADI. Todo como Highet, el Comité parte del principio de que se trata en realidad de dos acciones distintas y aprobamos el razonamiento³². Sin embargo, queda un problema político. El Estado podrá ser condenado dos veces por lo mismo. Como lo nota el profesor Gaillard:

*“ Les mêmes montants peuvent être, en théorie au moins, réclamés à un titre ou à un autre, le principe de réparation adéquate gouvernant aussi bien la responsabilité contractuelle de droit privé que la responsabilité internationale de l’Etat ”*³³.

²⁹ CIADI, *Victor Rey Casado y Fundación Allende v. Chile*, ARB/98/2, 25/9/01.

³⁰ 2/6/00, *ICSID Rev.*, 00.214.

³¹ CIADI, 3/7/02.

³² Véase también: CIADI (Cremades, Aguilar, Baptista), Laudo sobre competencia, *Lanco c. Argentina*, 8/12/98, *ILM*, 01.457; CIADI (Brinner, Cremades, Fadlallah), Laudo sobre competencia, *Salini c. Morocco*, 23/7/01, *Clunet*, 02.196, Gaillard. Gaillard, *L’arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements*, *R.arb.*, 03.853.S

³³ Obs. bajo *Vivendi*, *Clunet*, 03.230, 235.

Y es justamente ese el problema. ¿Cómo convencer al Estado de pagar dos veces, aunque conceptualmente eso puede justificarse? El riesgo es de matar la gallina en el huevo y empujar a los Estados a salirse de los procedimientos arbitrales; situación que sería catastrófica para los inversionistas. La solución que tendrá que preconizarse es justamente la del TLCAN y la opinión mayorista del *Waste Management* Tribunal: las partes tienen opción; les corresponde a ellos elegir una vía, eliminando la otra de manera definitiva.

15. Sin embargo, en la luz de la decisión *Loewen* precitada, uno tiene que interrogarse si la mejor estrategia no consiste en iniciar en primer lugar un procedimiento nacional y después recurrir a una forma de “apelación” ante un panel del TLC. En el caso, el inversionista inició en una primera etapa un procedimiento ante los tribunales estatales para la violación substancial del contrato entre el inversionista y el Estado. Sin embargo, aquellos se pronunciaron en su contra. Bien aconsejado, Loewen inició un procedimiento sobre el Capítulo 11 del TLCAN argumentando que la decisión judicial constituye una medida en el sentido del tratado y así puede ser constitutivo de una violación de esta normatividad. Es verdad que técnicamente, no se trata de un recurso de apelación, como lo subrayó el Tribunal³⁴, el objeto siendo la violación del tratado y no la violación de las obligaciones contractuales entre el inversionista y el Estado. El artículo 1105 prevé que “cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”. A los árbitros de subrayar:

“It is not in dispute between the parties that customary international law is concerned with denials of justice in litigation between private parties. Indeed, Respondent’s expert, Professor Greenwood QC, acknowledges that customary international law imposes on States an obligation “to maintain and make available to aliens, a fair and effective system of justice” (Second Opinion, para. 79). International law does, however, attach special importance to discriminatory violations of municipal law (Harvard Law School, Research in International Law, Draft Convention on the Law of Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Persons or Property of Foreigners (“1929 Draft Convention”) 23 American Journal of International Law 133, 174 (Special Supp. 1929) (“a judgment [which] is manifestly unjust, especially if it has been inspired by ill-will towards foreigners as such or as citizens of a particular states”); Adede, A Fresh Look at the Meaning of Denial of Justice under International Law, XIV Can YB International Law 91 (“a ... decision which is clearly at variance with the law and discriminatory cannot be allowed to establish legal obligations for the alien litigant”). A decision which is in breach of municipal law and is discriminatory against the foreign litigant amounts to manifest injustice according to international law”,

para concluir que “*in the present case, the trial court permitted the jury to be influenced by persistent appeals to local favoritism as against a foreign litigant*”.

16. No nos pertenece *in casu* de pronunciarnos sobre la apreciación de los árbitros sobre los hechos, y consecuentemente partimos del principio que realmente se trataba de una decisión judicial discriminatoria. Sin embargo, si tal es la realidad, el postulado en sí mismo nos parece peligroso porque tiende a sostener que todavía hay sistemas judiciales “corruptos” y nacionalistas. Es cierto que *de facto* la afirmación se verifica; pero de ahí a

³⁴ # 134 del laudo.

consagrar tal *distinco* nos parece un paso en regreso. Tenemos realmente que continuar a hablar de naciones “civilizadas” como lo hace el estatuto de la Corte internacional de Justicia, implicando que hay naciones “no-civilizadas”? Especialmente cuando *in casu* la el tribunal “corrupto” no es un tribunal “tercermundista” sino uno estadounidense?

17. En el presente caso, el tribunal arbitral al final desecha la demanda del inversionista por un problema de nacionalidad³⁵ y añade al final del laudo la siguiente declaración:

“The natural instinct, when someone observes a miscarriage of justice, is to step in and try to put it right, but the interests of the international investing community demand that we must observe the principles which we have been appointed to apply, and stay our hands”.

Pero ¿tal no hubiera tenido que ser el argumento con respecto a la parecida “apelación”? La igual soberanía de la Carta de las Naciones unidas no implica una tal justificación por si mismo?

18. Todo lo mencionado anteriormente podría dar razón al Profesor Virally, cuando afirmó en el congreso de la Sociedad francesa para el derecho internacional en Lyon en 1987, que no obstante el lenguaje de la Convención, el CIADI en realidad no es nada más que una verdadera jurisdicción internacional para los asuntos de inversión extranjera³⁶, porque muchas veces los árbitros se sienten como verdaderos jueces. Sin embargo, insistimos que tal no es el caso. ¡Son prestadores de servicio al sueldo de las partes y no jueces guardianas de la legalidad internacional³⁷!
19. El Estado tiene así, menos y menos la oportunidad de defender su causa en sus tribunales; pero además, ve sustituir las reglas de su derecho interno por normas internacionales. En otras palabras, hay también una deslocalización sustantiva.

³⁵ *Supra* #11.

³⁶ Cf también en el mismo sentido: Burdeau, *op.cit.*, 21, nota 20.

³⁷ *Contra*: Derains, Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale, *Clunet*, 93.829, 846 : « L'arbitre a des devoirs vis-à-vis des parties pour le compte desquelles il remplit sa mission, mais il en a aussi vis-à-vis de la communauté du commerce international, la Societas Mercatorum... » ; Lando, Conflicts of Law Rules for Arbitrators, *Festschrift fuer K. Zweigert*, 81.157, 172 : “ The arbitrator will have to consider not only the interests of the parties but also those of international commercial arbitration considered as an institution”.

II – La deslocalización sustantiva

Por deslocalización sustantiva se entiende que la controversia entre el inversionista y el Estado de recepción ya no serán juzgados en relación del derecho nacional, sino sobre la base del derecho internacional (A). Sin embargo, este último término provoca muchas interrogantes para saber si se trata de las fuentes del artículo 38 de la Corte internacional de justicia o solamente del derecho internacional consuetudinario (B).

A) Una deslocalización a favor del derecho internacional...

20. La Convención de Washington prevé la aplicación del derecho nacional del Estado de recepción, salvo pacto contrario. No obstante, la Convención dispone también la aplicación de los “principios internacionales en la materia”. ¿Principios de complementariedad, o principios a función de una norma suprema? Si unas decisiones fueren en el sentido de la primera hipótesis, al ejemplo de la jurisprudencia *Kloeckner*³⁸, otros laudos fueron más allá. Los árbitros desde la jurisprudencia *LETCO v. Liberia*³⁹ someten regularmente la *lex causae* al derecho internacional. No se trata de llenar las *lacunae* legislativas⁴⁰, como la expresó el tribunal arbitral en el asunto de las *Pirámides*⁴¹, sino verificar si la ley nacional no contraviene al *jus gentium*. Tal fue la posición en el

³⁸ Decisión de anulación, 3/5/85, *Clunet*, 87.163, Gaillard.

³⁹ 31/3/86, *Clunet*, 88.166, Gaillard. A señalar que de cierta manera la decisión de anulación en el caso *Kloeckner* ya anunció que el derecho internacional podría servir como estándar correctivo.

⁴⁰ Cada regla jurídica puede ser escrita sea bajo la forma “ Si tal evento se produce, tal consecuencia jurídica resulta”, sea bajo la forma “ si tal evento se produce, tal consecuencia jurídica no resulta”. La primera proposición de la frase se llama la hipótesis o el presupuesto; la segunda el efecto o la consecuencia jurídica. Si ninguna fuente del derecho no ha expresamente formulado una regla con tal consecuencia jurídica por tal tipo de efecto, se resuelve del silencio una regla implícita según cual este tipo de hechos no tiene consecuencias. Imaginamos que ninguna fuente de derecho (ni la ley, ni la jurisprudencia, ni la costumbre) dice que la presencia en el hogar familiar de un niño legítimo tiene por consecuencia la nulidad de una adopción, un juez, ante cual el demandante invoca esta nulidad, concluyera que el Estado acepta la presencia de un niño adoptado de lado de un niño legítimo – existe así una regla implícita, una regla de independencia, según la expresión de Pierre Mayer. Sin embargo, es también posible que el juez considerará la adopción como nula creando así una nueva regla explícita. Claro que es posible de objetar que la regla de independencia (la adopción es válida) es una regla implícita hecha por el legislador y que así no es posible para un juez de cambiarla según el principio de la sumisión de la jurisprudencia a la ley. Pero se olvida que si ningún fuente de derecho pone una regla explícita, no quiere decir que es la ley en el sentido técnico que puso una regla implícita. En realidad, es el legislador *latu sensu* que puso la regla implícita y así un juez puede cambiarla sin poner en peligro la autoridad de la ley *stricto sensu*. Más allá de esta discusión abstracta, debemos ver la cuestión bajo el ángulo concreto: un árbitro es designado de resolver una disputa portando sobre una cuestión A según el derecho B. Pero, no encuentre en el derecho B ni una ley, ni una jurisprudencia, ni una costumbre sobre la cuestión A. Que hacer? Decir que el derecho B es lagunoso y recorrer a otro derecho como la hizo Lord Asquith of Bishopstone en el diferente *Petroleum Development contre el Cheik d’Abu Dhabi* (28/8/51, *JCLQ*, 52.247)? O, ¿hacer como haría el juez del Estado B? ¿Este rechazaría aplicar su derecho con el pretexto que no hay ninguna regla? Obviamente, ¡que no! El encontrará una regla: sea una regla explícita (tal no es el caso) o una regla implícita como una regla de independencia o por interpretación de una regla explícita (analogía, *a contrario*, etc.). Es por eso que ningún orden jurídico es lacunario y que la justificación de la intervención del derecho internacional en esta hipótesis es ¡más que discutible!

⁴¹ *SPP c. Egiptia*, 10/5/92, *Clunet*, 94.229, Gaillard.

caso *AMCO* del comité *ad hoc* de revisión⁴² y del segundo Tribunal arbitral presidido por Rosalyn Higgins⁴³.

21. Con la decisión *Wena* del comité de revisión⁴⁴, compuesto por Kerameus, Bucher y Vicuña, una nueva etapa fue iniciada. En ausencia de un *electum juri*, los árbitros que tienen que aplicar la ley nacional del Estado de recepción, ya no van a utilizar el derecho internacional en su función corectriz – llenar *lacunae* o resolver contradicciones entre la ley nacional y el *jus gentium*⁴⁵ – sino como una fuente autónoma. En efecto, se decidió que es permisible aplicar el derecho internacional en conjunto con el derecho local o “aplicar el derecho internacional de manera autónoma cuando la regla apropiada es parte de su campo de aplicación”.
22. Esta verificación normativa interviene también en presencia de una elección de ley aplicable, restringido así de manera sustancial la voluntad de las partes; no obstante que se puede pensar que las partes al litigio tengan la posibilidad de precisar en su *electum juri* la posibilidad de prever de manera expresa la exclusión del derecho internacional.
23. Con el TLCAN, la regla indirecta se vuelve directa. En efecto, el artículo 1131 del Capítulo 11 prevé que la controversia se resolverá según las reglas del Tratado y del Derecho internacional eliminando así la ley nacional.
24. Y cuando no es posible eliminar plenamente la ley nacional, los tribunales arbitrales intentan sustituirla por el derecho internacional. En el caso *Pope*⁴⁶, Canadá rechazó en el marco de un arbitraje del Capítulo 11 del TLCAN, presentar ciertos documentos, basándose sobre su legislación nacional que dispone que el Estado tiene el derecho de no divulgar información si el Estado opina que por razones de seguridad tal tiene que ser el caso. El argumento fue denegado por el Tribunal Arbitral en base a que pertenece al Tribunal y no al Estado parte, decidir qué tiene que ser considerado como confidencial; eso en la luz del principio de la igualdad de las partes.
25. Con respecto al caso *Azinian c. México*⁴⁷, Paulsson, Civiletti y Von Wobeser confirmaron que un Tribunal arbitral no está obligado a seguir una decisión de un tribunal nacional, como lo había ya decidido el tribunal arbitral en el caso *AMCO*⁴⁸. El Estado no puede escapar a su responsabilidad internacional por el argumento que sus tribunales se pronunciaron en su favor. El Juez del tratado elimina el Juez del contrato. El derecho internacional vence el derecho nacional.
26. Y esta deslocalización sustancial no termina de acentuarse. Un mecanismo parecido a el del TLCAN se encuentra también en varios otros textos contemporáneos: la Convención de Montego Bay y su anexo VI, la Carta sobre la Energía de 1994, y el Protocolo de Colonia en el marco del MERCOSUR. Sin embargo, se queda abierta la cuestión de la definición del termino “derecho internacional”.

⁴² 20/11/84, *Clunet*, 87.145, Gaillard.

⁴³ 31/5/90, *Clunet*, 91.173, Gaillard.

⁴⁴ 5/2/02, *ILM*, 02.933.

⁴⁵ Reisman, The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold, *ICSID Rev.*, 00.362.

⁴⁶ Orden procedural #11, 6/9/00.

⁴⁷ 39 *ILM* 537 (2000).

⁴⁸ 20/11/84, *ICSID Reports*, 84.413.

B) ... ¿pero a favor de cual derecho internacional?

27. Por los tratados, el Estado asume la deslocalización sustancial a favor del derecho internacional, aunque uno debe interrogarse ¿de “cuál” derecho internacional se trata?. Así en el marco del TLCAN ¿la expresión se refiere únicamente a la costumbre internacional o a las fuentes del artículo 38 del estatuto de la Corte internacional de justicia?
28. En fecha del 31 de julio de 2001 la Comisión del TLC emitió una nota interpretativa sobre el artículo 1105 estableciendo que se entiende por “trato acorde con el derecho internacional” “derecho internacional consuetudinario”. Según el artículo 1131(2) la interpretación es autoritativa y se impone a los tribunales arbitrales. Sin embargo, el Tribunal en el caso *Pope*, primero a haber tenido que aplicar la nota interpretativa, se sintió obligado a criticarla, calificándola de enmienda escondida al tratado y reservarse el derecho de aplicarla únicamente si tal - para retomar una expresión real - es el “*bon vouloir*” del Tribunal:

[...] “Canada took the further point that it was not within the powers of an arbitral tribunal under Chapter Eleven to challenge that which was issued by the Commission as an interpretation of a provision of the NAFTA. [...]

The Tribunal finds the latter argument unpersuasive⁴⁹. Article 1131(1) requires an arbitral tribunal under Chapter 11 to decide the issues in dispute in accordance with NAFTA and applicable rules of international law. If a question is raised whether, in issuing an interpretation, the Commission has acted in accordance with Article 2001, an arbitral tribunal has a duty to consider and decide that question and not simply to accept that whatever the Commission has stated” (sic.⁵⁰).

29. Sir Jennings, emitiendo sus propias opiniones⁵¹, llevándonos a interrogarnos si pertenece a un árbitro, fuera uno con un prestigio indiscutible, poner en duda la pertinencia o no de las decisiones de la Comisión⁵²; porque en final de cuenta no son “*ni des dieux ni des héros*”, según la expresión del profesor Rigaux⁵³. En realidad, la pregunta fundamental reenvía a la cuestión de la existencia de un orden jurídico transnacional⁵⁴. Si uno considera que este orden existe, es lógico considerar que los árbitros son de una cierta manera “jueces”, a quines incumbe interpretar y defender los principios de este orden⁵⁵. La otra posición consiste a considerar que la *lex mercatoria* es un método y no un orden jurídico:

“La idea hoy en día no es la oposición entre ordenes jurídicos estatales y un hipotético orden jurídico transnacional, sino el de un recurso global a un conjunto de derechos

⁴⁹ Subrayado por nosotros.

⁵⁰ Award in respect to damages, 31/5/02.

⁵¹ Véase la segunda opinión mandada por fax en fecha de 10/9/01, www.naftalaw.com.

⁵² A leer en este contexto: Jean-Denis Bredin, A la recherche de *l'aequitas mercatoria*, *Mélanges Loussouarn*, Dalloz, 1994.109.

⁵³ Des dieux et des héros. Réflexions sur une sentence arbitrale, *Rc*, 78.435.

⁵⁴ Para la existencia o inexistencia de dicho orden jurídico: Graham, *El derecho internacional privado del comercio electrónico*, Themis, México, 03, #133 sq.

⁵⁵ Véase por ejemplo: Kamto, La notion de contrat d'Etat: une contribution au débat, *R.arb.*, 03.719, 749.

nacionales... En otros términos, el postulado de la inadecuación de los derechos nacionales da lugar a la preocupación, más legítima, de fundar la solución de algunos asuntos sobre un conjunto de derechos en lugar de un único en donde las soluciones originales podrían decepcionar la espera legítima de las partes”⁵⁶.

Si se comparte tal punto de visto, el árbitro no puede ser más que un prestador de servicio⁵⁷ – y no ¡un juez⁵⁸: Como lo notó la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en su famosa decisión *El Aguila*⁵⁹, el árbitro “no es un funcionario del Estado, no tiene jurisdicción propia o delegada; las facultades de que usa, se derivan de la voluntad de las partes, expresada de acuerdo con la ley”. Contraparte contractual de las partes en litigio, él tiene que cumplir con el objeto de su contrato, a saber resolver una controversia y pronunciarse sobre las pretensiones de las partes; y solamente sobre esas. Como lo subrayó el Tribunal en el caso *Técnicas*: “Un tribunal arbitral no puede decidir ni más ni menos que lo necesario para dirimir las controversias que le son sometidas”⁶⁰. En otras palabras, el *omnia petita* es la *ratio legis* de la misión del árbitro, y no le da la posibilidad de caer en la interpretación teleológica que puede cambiar fundamentalmente la ergonomía de un sistema convencional como lo hemos visto con el caso *Van Gend en Loos*⁶¹ en las entonces Comunidades Económicas Europeas. Y eso es también confirmado por la Convención de Viena de 1968 sobre los Tratados internacionales que destaca siempre la importancia de que la interpretación sea respetuosa de la voluntad de las partes al tratado⁶². Ciertamente, el artículo 31 fracción 1 podría ser interpretado (*sic*) de manera que permita la teleología porque prevé la tomada en cuenta del objeto y fin del tratado a interpretar. Sin embargo, además de la exigencia de la buena fe prevista en la misma disposición, la fracción 2 insiste continuamente sobre la necesidad del consentimiento de las partes al tratado. Así por ejemplo, se admite que el interpretador puede tomar en cuenta la práctica subsecuente de los Estados parte, pero solamente si se “conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”⁶³. Parece mucho que aquí también hay un reverso de paradigma. Si hasta ahora, las cláusulas de intangibilidad y de estabilidad⁶⁴ tuvieron por objeto proteger el inversionista contra el *fait du prince*, parece que hoy en fecha es el Estado quien debe prever este tipo de disposiciones en sus tratados sobre inversión extranjera.

⁵⁶ Gaillard, Trente ans de *lex mercatoria*, *Clunet*, 95.5, 8. Para un resumen del debate alrededor de la *lex mercatoria*: Graham, El derecho internacional privado..., *op.cit.*, #133 sq.

⁵⁷ Fouchard – Gaillard – Goldman, *op.cit.*, p.616 y las numerosas referencias a varios autores ingleses, alemanes, italianos, etc...

⁵⁸ La objeción del *amicus curiae* en el caso UPS según cual “*investor-state claims can be seen more analogous to the judicial review applications than a private contract dispute*” no fue aceptado por el tribunal arbitral (Decision on petitions to intervene, *UPS v. Canada*, 17/10/01). Véase: Stern, L’entrée de la société civile dans l’arbitrage entre Etat et investisseur, *R.arb.*, 02.229.

⁵⁹ Amparo civil en revisión 4660/31, *Compañía Mexicana de Petróleo “El Aguila”, S.A.*, 26 de mayo de 1933, Unanimidad de cinco votos.

⁶⁰ CIADI, *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. México*, ARB (AF)/00/2, 29/5/03.

⁶¹ 5/2/63, aff. 26/62, Rec., 1.

⁶² Para el contexto de la OMC, véase: Canal-Forgues, Sur l’interprétation dans le droit de l’OMC, *RGDIP*, 01.5.

⁶³ Al respecto, ver la posición de los Estados Unidos en los casos *Methanex* y *Pope*.

⁶⁴ Weil, Les clauses de stabilisation ou d’intangibilité insérées dans les accords de développement économique, *Mélanges Rousseau*, Paris, p. 301; Graham, *Grundlegung y lex contractus* en los contratos estatales, *RLMA*, 01.18.

30. Como lo hemos mencionado, en el caso *Técnicas* el tribunal arbitral metió el acento sobre el *omnia petita* para inmediatamente contradecirse y hacer obra de doctrina. *In casu*, la disputa se refirió a un Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmado por el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, en donde no se define el término « expropiación », ni se establece cuáles serían las medidas, acciones o conducta que serían equivalentes a una expropiación o tendrían características similares a ésta. Para cumplir la laguna, el tribunal da su propia definición:

“Si bien en un sentido formal la expropiación importa la apropiación forzada por el Estado de la propiedad tangible o intangible de particulares a través de actos administrativos o acción legislativa a ese efecto, el término también cubre situaciones que constituyen una expropiación *de facto*, en las que tales actos o legislación transfieren los bienes que constituyen su objeto a tercero o terceros distintos del Estado expropiador, o cuando dicha legislación o actos privan de tales bienes a los sujetos que los sufren, sin atribuirlos a terceros o al propio Estado”;

inspirándose del laudo *Metalclad*:

“Thus, expropriation [...] includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favor of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State”.

31. Sin embargo, el problema es que el laudo *Metalclad* fue emitido en el marco del TLCAN, que él contiene una definición de la expropiación, a saber el artículo 1110 que prevé:

“Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea [...]”

En otras palabras, los árbitros han construido una definición general a partir de un solo caso que se desarrolló en un marco convencional especial, en lugar de verificar cuál es la definición en el derecho internacional general. Ciertamente, el tribunal *prima facie* no dice nada más, porque subraya que:

“ al tribunal de continuar a decir que la definición tiene que verse a la luz del derecho internacional (Título VI.1 del Apéndice del Acuerdo), que el Tribunal Arbitral estima que deben ser ubicadas, al entender en dichas controversias y para decidir las, recurriendo a las fuentes contempladas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia [...]”. “En este orden de ideas, se entiende que medidas adoptadas por un Estado, de naturaleza regulatoria o no, revisten las características de una expropiación indirecta en su modalidad *de facto* si es irreversible y de carácter permanente, y si los bienes o derechos alcanzados por tal medida han sido afectados de forma tal que « ... toda manera de explotarlos... » ha desaparecido; es decir, virtualmente, el valor económico de la utilización, goce o disposición de los bienes o derechos afectados por el acto o decisión administrativa ha sido neutralizado o destruido”.

Y para sostener su argumentación, al tribunal se le refiere a una sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos⁶⁵! En efecto, nos parece que se trata aquí realmente de una construcción *ultra petita*. En efecto, la jurisprudencia de la Corte europea de derechos humanos, como la jurisprudencia en el marco del TLCAN, se inscribe en un sistema convencional particular y tal cual no refleja el derecho internacional general. Una aceptación contraria implicaría que países latinoamericanos parte a un tratado refiriéndose al derecho internacional también tendrían que contar con la aplicación de la jurisprudencia por ejemplo de la Corte africana de derechos humanos. Cuando México firmó el acuerdo con España y aceptó la referencia al derecho internacional, ¿realmente previo ver una día la aplicación de la jurisprudencia de la Corte europea, a cual además no es parte? No lo pensamos. *In casu*, los árbitros hubieran podido referirse por ejemplo a la definición del artículo 10.7 del *Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens*⁶⁶ o el caso *Starret Housing Corporation v. Iran* ante el *Iran-US Claims Tribunal*⁶⁷ que estableció que:

“measures taken by a state can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the state does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner”.

No se trata saber si tal o tal definición es mejor, sino de destacar el origen de esta. Como lo ha mencionado una de las más autoritarias doctrinas, la misión principal del árbitro es tomar en cuenta la legítima expectativa de la partes, especialmente en materia de la *lex causae*⁶⁸ y que no sean, para regresar a nuestro tema, sorprendidas por definiciones fuera del derecho internacional general! Así en el caso *Feldman*, el Tribunal arbitral consideró pertinente referirse al *Restatement of the Law Third, the Foreign Relations of the United States*, para definir la “expropiación progresiva”. Pero insistimos; la ley aplicable es el TLC y el derecho internacional, y no el derecho comparado. En este caso, porque la definición del *Restatement*, y no la doctrina mexicana? Por eso se merece aprobar el razonamiento de Mason, Fortier y Mikva en el asunto *Loewen*⁶⁹ en donde los árbitros para constar que una decisión judicial puede ser una “medida” en el sentido del Capítulo 11 se han referido a los trabajos de la Comisión de derecho internacional, que justamente tiene por misión de codificar el derecho consuetudinario.

32. Un parecido ejemplo de construcción doctrinal se encuentra también en el marco del TLCAN y más precisamente en el muy debatido laudo *Metalclad*⁷⁰ y la decisión de anulación parcial del Juez Tysoe⁷¹. Recordamos que en el caso, Lauterpacht, Civiletti y Siqueiros decidieron condenar México no solamente por la violación del artículo 1105 sobre las expropiaciones, sino también para la violación de la obligación de transparencia contenida en los artículos 1801 a 1803. Sin embargo, esta última obligación se encuentra en el capítulo 18 del Tratado y no en el capítulo 11 y es insusceptible de ser sancionada vía un procedimiento arbitral. México interpuso un recurso de anulación ante la *Supreme*

⁶⁵ *Matos e Silva, Lda., and Others v. Portugal*, 16/9/96.

⁶⁶ *AJIL*, 61.548.

⁶⁷ Laudo parcial, 4 *Iran-US CTR*, 122.

⁶⁸ Gaillard, Trente ans de lex mercatoria, *Clunet*, 95.5, 8.

⁶⁹ Laudo sobre la competencia, 9/1/01.

⁷⁰ 30/8/00.

⁷¹ 2/5/01.

Court of British Colombia y obtuvo una anulación parcial sobre el fundamento del *ultra petita*. La decisión del juez Tysoe fue muy criticada, en particular se le ha denegado el derecho que un tribunal judicial opere una revisión sobre el fondo. ¿Las críticas son justificadas? No lo pensamos; al contrario, opinamos que la decisión del juez fue apropiada, aunque no al gusto de todos aquellos que consideran que la misión del árbitro es de construir el derecho en lugar de solamente decir cual de las partes presentes en el litigio tiene razón.

33. Sabemos que el artículo 1105 se refiere al derecho internacional y tal cual no permite referirse a otra norma, sea de otro Capítulo del TLCAN como el 18. Y por eso, el Juez Tysoe observa:

“On my reading of the Award, the Tribunal did not simply interpret Article 1105 to include a minimum standard of transparency. No authority was cited or evidence introduced to establish that transparency has become part of customary international law”.

Y a subrayar que no es aceptable dar al término “derecho internacional” otro sentido que el que es común, condenando así la tentativa de Schwartz en el caso *Meyers*⁷² de sostener:

“[The] words “international law” in Article 1105 were not intended to have their routine meaning and should be interpreted in an expansive manner to include norms that have not yet technically passed into customary international law”.

Consecuentemente, el juez consta que el tribunal arbitral en *Metalclad* no interpretó el artículo 1105 sino que se equivocó en la ley aplicable y se pronunció sobre la obligación de transparencia que no fue sujeto de las pretensiones de las partes, constituyendo así un *ultra petita*.

34. La decisión judicial fue muy criticada. Así, uno de los mejores especialistas del arbitraje, el profesor Gaillard reclama a la decisión de haber efectuado una revisión de nuevo:

“En réalité, quelle que soit l’appréciation que l’on puisse porter sur le contenu de la notion de «traitement juste et équitable» au sens de l’article 1105 de l’ALENA [TLCAN], pour y inclure ou non l’obligation de ne pas induire en erreur un investisseur en l’autorisant d’un coté à procéder à un investissement et en lui refusant de l’autre le bénéfice de cet investissement, c’est là une question de fond qui devrait échapper au juge de l’annulation”⁷³.

Sin embargo, nos parece que en realidad el juez sancionó, a justo título, la aplicación de una falsa ley. En efecto, si las partes en un arbitraje prevén la aplicación de la ley francesa y que el tribunal arbitral aplica en lugar la ley alemana, es obvio que el laudo tiene que ser anulado. ¿La situación no es parecida a la de *Metalclad*? Ciertamente, se podría argumentar que el término “derecho internacional” es sujeto a interpretación; pero no hay lugar a interpretación de incluir una obligación del Capítulo 18 en el Capítulo 11. Que hicieron los árbitros es una construcción teleológica. En verdad, el resultado tal cual merece la aprobación; el único problema es que no fue previsto por el tratado y que

⁷² 13/11/00.

⁷³ Obs. bajo *Metalclad*, *Clunet*, 02.189, 193.

consecuentemente, no pertenecía a los árbitros de perfeccionarlo, sino aplicarlo tal cual, sus defectos incluidos.

35. El tratado es el resultado de un intercambio de consentimientos sobre un instrumento de previsibilidad y seguridad jurídica. Como cualquier texto, en presencia de disposiciones oscuras e incompletas, la interpretación se impone. Los tratados en materia de inversión extranjera tienen principalmente por objeto de proteger al inversionista contra los actos injustos del Estado de recepción. En caso de violación del tratado, el Estado tiene que ser condenado. Sin embargo, eso no justifica que los árbitros van más allá de su misión para rescribir los tratados y instaurar un control de legalidad internacional en donde a ningún momento un tal mecanismo fue previsto. De la misma manera, si se debe de proteger el inversionista contra el *fait du prince*, es importante también proteger el Estado contra la fuerza mayor. Un reciente caso puede en este aspecto ser muy ilustrativo⁷⁴. La compañía estatal indonesia Pertamina concluyó un contrato con KBC, una empresa de las islas Caimán, para la edificación de una planta eléctrica. Después la llamada crisis asiática de 1997, el gobierno de Indonesia canceló el proyecto con el fin de restaurar la estabilidad económica del país. El inversionista, basándose sobre una cláusula compromisoria inició un arbitraje bajo los auspicios de la CCI y obtuvo en su favor un laudo de 260 millones de dólares. No nos pertenece de decir si la condenación se justifico o no; que es interesante de subrayar es la reacción del Estado. Considerándolo injusto, el Estado empezó toda una serie de recursos para obtener la nulidad del laudo⁷⁵, así como su inexecución. No importa tampoco saber si el Estado está actuando de buena o mala fe; vamos a presumir que es de *bonafide*; ¿cuál fue realmente la opción del gobierno?
36. En este sentido, se debe también destacar que las defensas de los Estados no son siempre las más adecuadas. Así por ejemplo, la defensa del Estado federal según cual él no es responsable para la actuación de sus entidades federativas, ya fue tantas veces denegada que uno se pregunta porque los abogados continúan a invocarlo. Nos parece en este contexto interesante a buscar si en el derecho internacional consuetudinaria no hay argumentos más validos. Así en el asunto *Gabcikovo*⁷⁶, nociones como estado de necesidad y *rebus sic stantibus* podrían en el caso venir a la ayuda, o de manera más simple, la noción de causa del derecho civil.
37. En final de cuenta, lo más importante no es tan la argumentación jurídica, sino que la decisión adoptada por los árbitros deje un sentimiento de justicia, no obstante quien gana o pierde. En otras palabras, no es suficiente que el laudo *sea justo* en el sentido jurídico; el laudo tiene también que *ser visto como justo*. En palabras aristotélica, “la dificultad está en que lo equitativo, siendo lo justo, no es lo justo legal, sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal”⁷⁷. No se trata de ver en la justicia arbitral – como en cualquier justicia -, una lucha entre el bien y el mal; se trata de saber que “en todas las cosas, el medio es lo mejor, según lo que nos prescriben la ciencia y la razón”⁷⁸. Y pertenece a la doctrina de llamar la atención cuando los árbitros caen – naturalmente y lógicamente – en la trampa del subjetivismo. Su voluntad de cumplir de la mejor manera su misión unos veces puede cambiarse en el arbitrario. Como lo escribió Saleilles al

⁷⁴ *Karaha Bodas Company v. Perusahaan Pertambangan Minyak*, No. 02-20550 (5th Cir., 2003).

⁷⁵ Véase *Karaha*, *op.cit.*.

⁷⁶ *Hungaria c/ Slovakia*, 25/9/97.

⁷⁷ *Moral a Nicómaco*.

⁷⁸ *Op.cit.*

inicio del siglo 20⁷⁹, no se trata hacer doctrina en la jurisprudencia, sino hacer doctrina para preparar la jurisprudencia:

*Les innovations jurisprudentielles,
si l'on veut qu'elles ne constituent, pour les intéressés,
ni surprise, ni arbitraire,
doivent être préparées, ou, tout au moins,
comme jalonnées, par le mouvement scientifique de la doctrine.*

⁷⁹ Ecole historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents, *RTDC*, 1902.80, 104.