

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES

| | | |
|-------------------------------|---|--------------------------|
| Entre: |) | |
| |) | |
| Sempra Energy International & |) | Caso No. ARB/03/02 |
| Camuzzi International, S.A. |) | |
| |) | |
| |) | INFORME DE ANNE |
| |) | <u>MARIE SLAUGHTER Y</u> |
| Demandantes, |) | <u>WILLIAM BURKE-</u> |
| |) | <u>WHITE</u> |
| - y - |) | |
| |) | |
| LA REPÚBLICA ARGENTINA, |) | |
| |) | |
| Demandada. |) | |

Nosotros, ANNE MARIE SLAUGHTER y WILLIAM BURKE-WHITE, declaramos lo siguiente:

1. Yo, Anne Marie SLAUGHTER, soy Decana de la Facultad de Asuntos Públicos e Internacionales Woodrow Wilson de la Universidad de Princeton. Soy también Presidenta de la Sociedad Americana de Derecho Internacional por el término de dos años, que finaliza en marzo de 2004.
2. Desde 1994 hasta agosto 2002, ejercí como Profesora titular de la cátedra J. Sinclair Armstrong de Derecho Internacional, Exterior y Comparado en la Facultad de Derecho de Harvard y como Directora de Estudios de Derecho Internacional y de Postgrado de la Facultad de Derecho de Harvard.

3. Desde 1989 hasta 1994, enseñé en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago como Profesora Adjunta de Relaciones Internacionales y Derecho. Desde 1987 hasta 1989, trabajé como Directora Ejecutiva del Programa de Sistemas Financieros Internacionales en la Facultad de Derecho de Harvard.
4. Desde 1984 a 1987 fui asociada del Profesor Abram Chayes en su representación de Nicaragua en su demanda de este país contra los Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia. También trabajé con el Profesor Chayes en un arbitraje CIADI, representado al gobierno de Egipto, en un caso contra Ferdinando e Imelda Marcos por el gobierno de Filipinas ante un Tribunal de los Estados Unidos, y en un caso contra el gobierno de los Estado Unidos en representación de las islas Marshall también en un tribunal estadounidense.
5. Obtuve el J.D. de la Facultad de Derecho de Harvard y el M.Phil. y ed D.Phil. en Relaciones Internacionales, de la Universidad de Oxford. Mi B.A. es de la Universidad de Princeton.
6. He dictado cursos sobre litigios internacionales, cooperación reguladora internacional, derecho internacional público, y derecho internacional y relaciones internacionales. Escribí más de cincuenta artículos sobre derecho internacional y relaciones internacionales, y recibí dos veces el Premio Francis Deak al mejor artículo escrito por jóvenes estudiantes en la Revista Americana de Derecho Internacional (*American Journal of International Law*). Mis escritos incluyen el estudio sobre reglamentación financiera internacional, cooperación regulatoria transnacional, jurisdicción universal, doctrina de los actos del Estado, eficacia de la adjudicación supranacional, Corte de Justicia Europea, globalización judicial, derecho penal internacional, derecho administrativo internacional y legalización de los regímenes internacionales.
7. Edité también varios libros acerca de las relaciones entre la Corte de Justicia Europea y los tribunales nacionales, acerca de la legalización y la política mundial y sobre el método en el derecho internacional. En agosto de 2000, dicté

un curso especial sobre Derecho Internacional y Relaciones Internacionales como parte de las Conferencias del Milenio de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Soy también la autora de *A New World Order*, de próxima aparición en la editorial de la Universidad de Princeton (Princeton University Press) en abril de 2004. En estos últimos dos años también escribí extensivamente sobre la política exterior de los Estados Unidos, la guerra contra el terrorismo y las relaciones de los Estados Unidos con las Naciones Unidas.

8. Formo parte del Directorio del Consejo de Relaciones Internacionales de EE. UU. y de la *Word Peace Foundation*. Formé parte también del Consejo Editorial de numerosas publicaciones internacionales, inclusive del *American Journal of International Law* y de la revista *International Organization*.
9. Yo, William BURKE-WHITE, soy Profesor Adjunto de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pennsylvania. Entre 2003 y 2005 me desempeñé como catedrático en Relaciones Públicas e Internacionales y Asistente Especial Senior del Decanato de la Facultad de Asuntos Públicos e Internacionales Woodrow Wilson de la Universidad de Princeton.
10. Obtuve el J. D. magna cum laude de la Facultad de Derecho de Harvard, el M.Phil. en Relaciones Internacionales de la Universidad de Cambridge, espero recibir el Ph.D en Relaciones Internacionales de la Universidad de Cambridge en el 2005. Mi B.A. es de la Universidad de Harvard.
11. Además de ser Profesor Adjunto de Derecho en la Universidad de Pennsylvania, he dictado cursos en las Universidades de Princeton y Cambridge sobre derecho internacional público, política exterior norteamericana, derecho penal internacional, y derechos humanos. He publicado numerosos artículos sobre derecho internacional público y relaciones internacionales, y he recibido el Premio Francis Deak al mejor artículo escrito por jóvenes estudiantes en una revista de derecho internacional. Mis escritos han incluido la validez extraterritorial del derecho doméstico, la eficacia de los tribunales e instituciones internacionales, la justicia de transición, y la reforma legal.

12. Nos han pedido opinión acerca de la correcta interpretación del Tratado de Inversión Bilateral entre EE. UU. – Argentina (BIT, según sus siglas en inglés) y, específicamente, de los artículos XI y IV (3) a la luz de los principios generales del derecho internacional y las relaciones internacionales y el contexto en el que Estados Unidos define sus intereses de seguridad.
13. El resumen de nuestro argumento es el siguiente. En primer lugar, el artículo XI del Tratado de Inversión Bilateral entre EE.UU. – Argentina y sus intereses políticos subyacentes requieren una amplia interpretación del orden público y de las excepciones de seguridad nacional. En segundo lugar, al momento de la redacción del Tratado, Estados Unidos interpretó estas provisiones como *self-judging* y sujetas solamente a una determinación de buena fe. En tercer lugar, el texto, contexto e historia de la negociación del Tratado apoyan esta interpretación. En cuarto lugar, es posible aclarar las expectativas de los inversores y reforzar el régimen de inversiones internacionales, exigiendo a los estados que determinen de buena fe sus intereses esenciales de seguridad. En quinto lugar, el Artículo XI del Tratado entre Estados Unidos y Argentina incorpora dicha exigencia de buena fe. En quinto lugar (textual), el Artículo XI del tratado permite a los estados partes tomar medidas para proteger su seguridad económica y su estabilidad política, y la crisis económica y la convulsión política en Argentina desde 2000-2002 fueron suficientes para invocar esta disposición, como Argentina lo determinó de buena fe. En séptimo lugar, los estándares de necesidad en virtud del TBI son diferentes de los que dispone el derecho internacional consuetudinario, y de todas maneras, la situación existente en Argentina desde 2000-2002 satisface dichos estándares. Finalmente, las acciones de Argentina han sido enteramente coherentes con el Artículo IV(3) del Tratado.

I. EL ARTÍCULO XI DEL TRATADO DE INVERSIÓN BILATERAL ENTRE EE. UU. – ARGENTINA Y LOS INTERESES SUBYACENTES DE LA POLÍTICA REQUIERE UNA AMPLIA LECTURA DE LAS EXCEPCIONES EN EL ORDEN PÚBLICO Y LA SEGURIDAD NACIONAL.

14. El Tratado de Inversión Bilateral entre EE. UU. – Argentina les permite, específicamente, a las dos partes tomar medidas que, de otro modo, serían inconsistentes con sus obligaciones en virtud del tratado si mediara amenaza al orden público y la seguridad nacional. El Artículo XI dice: “Este Tratado no excluirá la aplicación de cualquiera de las partes de medidas necesarias para mantener el orden público, cumplir con sus obligaciones con respecto a el mantenimiento y restauración de la paz o la seguridad internacional, o a la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad.”
15. La historia del artículo XI es instructiva respecto a su interpretación. Cuando EE. UU. comenzó, por primera vez, a negociar tratados de inversión bilaterales en los primeros años de la década del 80, su objetivo principal era “excluir la inversión privada de las políticas públicas extranjeras o nacionales dirigidas políticamente.”¹ Desde el principio, sin embargo, EE. UU. reconoció que esta separación de la política y el mercado podría no ser completa; que en algunos casos, los acuerdos de mercado tendrían que depender de las consideraciones de las políticas desde el punto de vista político.² Una de las maneras principales que los tratados de inversión bilaterales dio para este caso fue la “provisión sobre medidas de no exclusión” que permite a las partes tomar las medidas necesarias para promover ciertos intereses soberanos.”³ El Artículo XI habla de la “provisión sobre medidas de no exclusión” en el Tratado de Inversión Bilateral Estados Unidos.-Argentina, que permite a ambas partes a tomar las medidas necesarias para mantener el orden público y proteger sus “intereses esenciales de seguridad”.

¹ Kenneth J. Vandevelde, *Of Politics And Markets: The Shifting Ideology Of The BITs*, 11 INT'L TAX & BU.S. LAW 160- 61 (1993).

² Vandevelde, *supra* nota 1, en 164.

16. Desde 1982, cuando EE. UU. desarrolló su primer borrador para los Tratados de Inversión Bilaterales hasta 1991, al celebrar el Tratado con Argentina, los poderes legislativos y ejecutivos de EE. UU. comenzaron a insistir en una interpretación más amplia de las medidas de no exclusión” en todos los TBI. El catalizador para esta reinterpretación fue un juicio iniciado por Nicaragua contra EE. UU. en 1984 en la Corte de Justicia Internacional. Nicaragua basó su competencia, en parte, en la supuesta violación, por parte de EE. UU., del tratado de amistad, comercio y navegación entre EE. UU. y Nicaragua. EE. UU. objetó la idea de que el tratado comercial restringiera acciones que consideraba esenciales para la protección de su seguridad nacional.⁴ En realidad, como será tratado más adelante, EE. UU. argumentó que la “excepción principal de los intereses de seguridad” en el tratado FCN, que fue muy similar a la provisión de medidas de no exclusión en diferentes TBI en ese entonces bajo negociación, fue *self-judging*.
17. La Corte de Justicia Internacional, sin embargo, otorgó la competencia sobre el juicio basado, en parte, en el tratado de amistad, comercio y navegación entre EE. UU. y Nicaragua. Desde entonces, EE. UU. comenzó a prestar especial atención para asegurar que existiera suficiente libertad dentro de cualquier TBI específico para tomar cualquier medida que se creyera necesaria para proteger sus intereses esenciales de seguridad. La historia legislativa de los primeros tratados de inversión bilaterales, que necesitaron del consentimiento y consejo del Senado en 1988 de EE. UU., lo ilustran. El Departamento de Estado de EE. UU. hizo pública la declaración formal de una política respecto de estos tratados que buscaba específicamente evitar el “problema de Nicaragua”, advirtiendo que EE. UU. había negociado estos tratados “suponiendo el alcance de sus obligaciones y el tipo de cuestiones que sometían a arbitraje obligatorio, suposiciones que comparten nuestros socios del tratado. Específicamente...el Gobierno de EE. UU. preserva el derecho de proteger sus propios intereses de

³ Vandeveld, *supra* nota 1, en 164.

⁴ Vandeveld, *supra* nota 1, en 159.

seguridad principales”⁵. Aun así, el Senado de EE. UU. se rehusó a ratificar el tratado hasta tanto se acompañara con una comprensión ejecutiva, de acuerdo con la cual “cada parte podrá tomar todas las medidas necesarias para enfrentar cualquier amenaza inusual o extraordinaria a su seguridad”.⁶

18. Estas aclaraciones fueron diseñadas para asegurar que nada dentro de un tratado de inversión pudiera restringir la libertad de acción de Estados Unidos cuando peligran el orden y la seguridad públicos. Sin embargo, desde el punto de vista de la ideología original que subyace la decisión de Estados Unidos de firmar BID, este cambio “debilitó los tratados de inversión bilaterales como un instrumento para regular los gobiernos locales, facilitando las expropiaciones no compensadas o perjuicios locales de inversión”⁷. Los responsables de formular esta política entendieron las potenciales consecuencias de sus acciones, pero estaban preparados para arriesgarse a que la latitud de un país huésped mayor perjudicara las inversiones como precio para garantizar su propia libertad relativa de acción. En el proceso de ratificación de un tratado de inversión bilateral similar en 1992, el Senado considero si “las protecciones proporcionadas a los inversores disminuiría si cada parte fuera el único juez de sus intereses”, y concluyeron que a pesar de estos riesgos, las disposiciones eran “de interés nacional”⁸. La política de EE.UU. de que los tratados bilaterales de inversión incluyan un amplio margen para la protección de la seguridad nacional y el mantenimiento del orden público continúa hasta la fecha. Al menos 27

⁵ Tratados de Inversión Bilaterales con Panamá, Senegal, Haití, Zaire, Marruecos, Turquía, Camerún, Bangladesh, Egipto y Granada: Audiencias ante el Comité del Senado sobre Relaciones Exteriores (Hearings Before the Senate Comm. on Foreign Relations, 99th Cong., 2d Sess. (1986), *citado en* Jose E. Alvarez, *Proteccionismo Político y Obligaciones Internacionales de Inversión de los EE.UU ante un conflicto (Political Protectionism And United States International Investment Obligations In Conflict: The Hazards Of Exon-Florio)*, 30 VA. J. INT’L L. 1 (1989).

⁶ S.Exec.Rep. No. 32, 100th Cong., 2d Sess. (1988) Comité de Relaciones Exteriores del Senado, que recomienda el consejo y consentimiento del Senado respecto de los BIT con Senegal, Zaire, Marruecos, Turquía, Camerún, Bangladesh, Egipto, y Grenada), en 9-11.

⁷ Vandeveld, *supra* nota 1, en 159.

⁸ Bilateral Investment Treaties con la República Federal Checa y Eslovaca, la República Democrática del Congo, la Federación Rusa, Sri Lanka, y Túnez, y Dos Protocolos para Tratados con Finlandia e Irlanda, p. 51 (1992).

tratados bilaterales de inversión en los cuales EE.UU. es una de las partes contienen disposiciones sobre seguridad y orden público.⁹

II. LA PROVISIÓN SOBRE MEDIDAS DE NO EXCLUSIÓN DEL TRATADO BILATERAL DE INVERSIONES DEBE SER INTERPRETADA COMO SELF-JUDGING.

19. Todos los TBI suscritos por EE.UU. siguen el Modelo de TBI que se encuentre operativo al momento de la negociación del TBI de que se trate, a menos que se indique lo contrario en un protocolo o anexo del tratado, los cuales constituyen documentos relevantes para la determinación del contexto de conformidad con la Convención de Viena. En agosto de 1992 el Departamento de Estado elevó cinco TBI al Senado para su ratificación. EL TBI con Argentina estaba todavía pendiente. Como parte de los materiales respaldatorios presentados con estos cinco tratados, el Departamento de Estado incluyó un Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de EE.UU., acompañado de una descripción “oficial” de cada artículo.¹⁰ El Artículo X de este tratado modelo es idéntico al Artículo XI del TBI entre Estados Unidos y Argentina. La descripción del Artículo Modelo X establece que:

Los intereses esenciales de seguridad de las Partes comprenderán las acciones tomadas durante tiempos de guerra o emergencia nacional, así como también otras acciones que guarden clara y directa relación con los intereses esenciales de seguridad de la Parte de que se trate. **La decisión sobre la adopción de una medida por una de las partes para proteger sus intereses esenciales de seguridad queda al arbitrio de esa parte. Somos cuidadosos en notar, en cada negociación, la naturaleza *self-judging* de la protección de los**

⁹ Ver <<http://www.tcc.mac.doc.gov/cgi-bin/doiit.cgi?205:64:28669879:0>> (a la que se accedió el 19 de julio de 2005).

¹⁰ Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de los Estados Unidos (TBI) – febrero 1992 [de aquí en adelante Modelo de TBI de 1992] (con descripciones), Presentado por el Departamento de Estado, 30 de Julio de 1992, *incluido* en los Tratados Bilaterales de Inversiones suscritos con la República Federal Checa y Eslovaca, República Popular del Congo, la Federación Rusa, Sri Lanka, y Túnez, y Dos Protocolos de los Tratados suscritos con Finlandia e Irlanda, Audiencia Ante la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado de los Estados Unidos, Congreso 102º, Segundo Período de Sesiones, 4 de agosto de 1992 [de aquí en adelante Audiencias del 4 de agosto de 1992], en p. 65.

intereses esenciales de seguridad de las Partes.¹¹

20. Los Protocolos del Tratado Bilateral Argentina –Estados Unidos guardan silencio respecto de la cláusula sobre medidas de no exclusión y de ninguna manera se diferencian del modelo de TBI discutido en precedentemente. Dado que el Departamento de Estado, sin lugar a error, aseveró en 1992 que consideraba la cláusula de seguridad esencial *self-judging* y puso de manifiesto que simplemente estaba aclarando más que cambiando su posición anterior; y dado que Argentina entiende que la cláusula es *self-judging*, el silencio del Protocolo con respecto a esta cláusula constituye, de hecho, un contundente aval de mi posición.
21. La interpretación de EE.UU. de la cláusula de seguridad esencial en sus TBI se ha tornado más explícita con el paso del tiempo. A fines de la década de 1990 el Departamento de Estado respondió a un pedido por parte del Senado de presentación de *letters of submittal* más detalladas que describieran la interpretación estadounidense de las disposiciones centrales del TBI en cuestión. Las *Letters of Submittal* de una serie de estos TBI más recientes denotan una interpretación de larga data de la cláusula de seguridad esencial como cláusula de naturaleza *self-judging*. En 1999, Estados Unidos suscribió un TBI con Bahrein que incluía una cláusula de naturaleza explícitamente *self-judging*.¹² La *Letter of Submittal* del Departamento de Estado del 24 de abril de 2000 que se adjuntara a dicho tratado especificaba que el lenguaje no era representativo de una nueva política, sino que, según lo expresado por la Secretaria Albright “convierte al entendimiento implícito en explícito de que las medidas para proteger los intereses esenciales de seguridad de alguna de las Partes son *self-*

¹¹ Modelo de TBI de 1992, *supra* nota 10, (énfasis agregado).

¹² Tratado Bilateral de Inversiones entre EE.UU. y U.S.Bahrein, en el Art. 14. El texto de dicho artículo es el siguiente: “El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad.”

judging por naturaleza, a pesar de que cada una de las Partes esperaba que las disposiciones fueran aplicadas por la otra de buena fe.”¹³

III. TEXTO, CONTEXTO, Y ANTECEDENTES DEL PROCESO DE NEGOCIACIÓN

22. El TBI Estados Unidos – Argentina debe ser interpretado según su texto y, para el caso de ambigüedad, según sus trabajos preparatorios y sus antecedentes particulares de negociación.¹⁴ Para comenzar, el Artículo XI no tiene un significado llano. Lo que es evidente a primera vista es que el texto es ambiguo. Permite a la Partes tomar medidas que de otra manera se considerarían en violación del tratado en la medida en que ellas fueran “necesarias para...la protección de sus propios intereses de seguridad...”, sin especificar quién o qué entidad está facultada para determinar la existencia de dicha necesidad. Por lo tanto, puede interpretarse como *self-judging* o no *self-judging*, como lo han hecho, por cierto, juristas y jueces.

23. Por otra parte, como reconoce el Juez Hersch Lauterpact en su libro THE FUNCTION OF LAW IN THE INTERNATIONAL COMMUNITY: es “improbable que algún tribunal judicial pueda desestimar la afirmación de un estado de que un conflicto afecta su seguridad.”¹⁵ Por otro lado, la CIJ hizo exactamente eso en *Nicaragua c. los Estados Unidos* al sostener que la cláusula relativa a la protección de los intereses esenciales de seguridad del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación suscripto entre Estados Unidos y Nicaragua no era *self-judging* y se pronunció en contra de que el apoyo brindado a los insurgentes

¹³ *Letter of Submittal* de la Secretaria de Estado, 24 de abril de 2000, *adjuntada* como anexo al Tratado Bilateral de Inversiones entre EE.UU. y Bahrein, *supra* nota 12.

¹⁴ CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, artículos 31 y 32.

¹⁵ HERSCH LAUTERPACT, THE FUNCTION OF LAW IN THE INTERNATIONAL COMMUNITY 188 (1933).

denominados “los Contra” en Nicaragua constituyera una defensa necesaria de los intereses de seguridad de los Estados Unidos.¹⁶

24. Cuando el texto resulta ambiguo, como en este caso, recurrimos al contexto, prestando especial atención a la estructura general del tratado y, por ende, a la ubicación del artículo dentro del tratado. La ubicación de este artículo, en el contexto de un tratado más extenso confirma mi interpretación. El artículo XI, la cláusula de seguridad esencial viene luego de todas las disposiciones de fondo que rigen el tratamiento de la inversión extranjera. Este posicionamiento es congruente con la descripción de este artículo como el artículo de “excepciones generales”, permitiendo a los gobiernos una salida de sus obligaciones contractuales cuando fuera necesario para proteger su seguridad. Tanto en el modelo de TBI de 1992 como en el de 1988 la cláusula de seguridad esencial se sitúa tras el Artículo VIII, que estipula las controversias excluidas del proceso de resolución de controversias, y tras el Artículo IX, que contempla la conservación de los derechos o legitimación de trato más favorable que el contemplado por el TBI. Estos tres artículos se ubican después de tres artículos que abordan el tema de resolución de controversias, que a su vez siguen a los cuatro artículos de fondo que establecen las obligaciones de las partes de dispensar trato equitativo a los inversores de la otra parte. Estos últimos tres artículos califican las obligaciones substantivas del TBI, estableciendo las exclusiones, conservación de derechos y exenciones correspondientes.
25. Cuando se pretende establecer el contexto de una disposición de un tratado en particular, también corresponde buscar en todo Protocolo adjunto al tratado, como un “acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado.”¹⁷ La *Letter of Submittal* redactada por el Departamento de Estado con el propósito de presentar el tratado

¹⁶ El Profesor Michael Reisman coincidió con el Profesor Lauterpacht. En sus comentarios sobre el caso de *Nicaragua*, observó: “En el caso de un lenguaje tan explícito [en alusión a la cláusula de seguridad esencial], es difícil ver cómo algún tribunal podría utilizar el Tratado con el fin de someter a su propia jurisdicción cuestiones que habían sido expresamente excluidas”. W. Michael Reisman, *Comment: Has The International Court Exceeded its Jurisdiction?*, 80 AM. J. INT’L L. 128, 130-131 (1986).

¹⁷ CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, Artículo 31 (2).

al Senado no puede considerarse un acuerdo de esta índole, aunque arroja luz sobre los antecedentes de la negociación. La ausencia de toda mención de una cláusula de seguridad esencial en el Protocolo del TBI entre Estados Unidos y Argentina constituye prueba fehaciente de que tanto la Argentina como Estados Unidos entendían que la cláusula era *self-judging*. Para comprender por qué, es necesario entender el proceso de negociación estándar de los TBI, al menos para Estados Unidos y Europa. Los Estados Unidos y otras tantas naciones europeas trabajan a partir de textos modelo a fin de lograr la mayor uniformidad posible en el trato a dispensar a muchos y diferentes países.¹⁸ Cuando el gobierno de Estados Unidos presentara cinco TBI al Senado en 1992, el Senador Pell le requirió a la Administración que explicara las “ventajas específicas para Estados Unidos...derivadas del uso del modelo de tratado” y que presentara el modelo de tratado en uso en ese momento.¹⁹ La Administración respondió lo siguiente:

El uso de un modelo de TBI y la celebración de acuerdos de conformidad con el mismo conlleva la ventaja de establecer estándares uniformemente altos en el trato a dispensar a los países con los cuales negociamos. También ayuda en las negociaciones porque nuestras contrapartes se dan cuenta de que estamos bregando por la implementación de estándares globales, no de estándares *ad hoc* para cada país.²⁰

26. Posteriormente, el Senador Pell preguntó por qué algunos TBI están acompañados de Protocolos que especifican las desviaciones del texto del modelo de tratado, especialmente “cuando ya se registran diferencias con respecto al modelo de texto en los principales artículos”. A lo cual la Administración respondió:

Dado que Estados Unidos utiliza un modelo de texto para todas nuestras negociaciones de TBI, preferimos hacer constar los cambios en un protocolo y no en el cuerpo principal del tratado. Además, los protocolos, a menudo, también refinan aún más, interpretan, o aplican una obligación a una situación específica que puede ser una derivación de una cuestión que aborda el cuerpo

¹⁸ Ver Comparación del modelo de tratado de Estados Unidos con los modelos de tratado británico, alemán, francés, holandés y suizo en las Audiencias del 4 de agosto de 1992, *supra* nota 10, en 22-25.

¹⁹ Respuestas de la Administración a las Preguntas Formuladas por el Senador Pell, en las Audiencias celebradas el 4 de agosto de 1992, *supra* nota 10, en el Apéndice, 31.

²⁰ *Id.*

del TBI.²¹

En otras palabras, la política de Estados Unidos consiste en colocar toda desviación substancial del modelo de texto, o refinamientos del mismo, en un protocolo. Por ende, si existe un protocolo para un TBI en particular y en el mismo se consignan cambios a artículos en particular, todo artículo no enumerado allí se presumirá idéntico en texto y significado al modelo de TBI.

24.

25.

26.

27. Esto es precisamente lo que ocurre con el TBI entre Estados Unidos y Argentina. El Departamento de Estado presentó el TBI junto con un “extenso protocolo” que incluía “temas que en general se colocan en un anexo...combinado con temas en el protocolo.”²² Todos estos temas reflejan diferencias con el modelo de TBI. Pero el Protocolo no incluye ninguna mención de entendimiento del Artículo XI que difiera del modelo de TBI. Se deriva de lo anterior; entonces, que las partes entendieron que el Artículo XI del TBI entre Estados Unidos y Argentina era idéntico al artículo comparable (Artículo X) del Modelo de TBI de los Estados Unidos. Si la cláusula de seguridad esencial en el TBI suscrito entre Estados Unidos y la Argentina se interpretara como no *self-judging*, se necesitaría que las partes adjudicaran un “significado especial” a dicha cláusula, un entendimiento que sin duda debería discutirse en el Protocolo y la *Letter of Submittal*.

²¹ *Id.* en 32.

²² Respuestas del Departamento de Estado de Estados Unidos a las Preguntas Formuladas por el Senador Pell, *incluidas* en los Tratados Bilaterales de Inversiones con: Argentina, Treaty doc. 103-2; Armenia, Treaty Doc. 103-11; Bulgaria, Treaty Doc. 103-3; Ecuador, Treaty Doc. 103-15; Kazajstán, Treaty Doc. 103-12; Kyrgyzstan, Treaty Doc. 103-13; Moldavia, Treaty Doc. 103-14; y Rumania, Treaty Doc. 102-36, Audiencia ante la Comisión de Relaciones Exteriores, Senado de Estados Unidos, Congreso 103º, Primer Período de Sesiones, 10 de septiembre, 1993 [de aquí en adelante Audiencias del 10 de septiembre de 1993], en 32.

28. El Departamento de Estado redactó un nuevo Modelo de TBI de Estados Unidos en febrero de 1992 y lo elevó al Senado junto con cinco TBI (República Federal Checa y Eslovaca, República Popular del Congo, Rusia, Sri Lanka, y Túnez) en julio de 1992 a modo de preparación para las audiencias que se celebrarían a principios de agosto. Este nuevo modelo de TBI actualizaba el modelo de 1988. El lenguaje del Artículo X en ambos Modelos de Tratado es idéntico (e idéntico al lenguaje utilizado en el Artículo XI del TBI entre Estados Unidos y Argentina). Sin embargo, a diferencia, del Modelo de Tratado de 1988,²³ el Modelo de TBI de 1992 es acompañado de una Descripción del Tratado Bilateral de Inversiones de Estados Unidos (TBI) con detallados comentarios sobre cada artículo. Como se mencionara anteriormente, esta explicación explicita que “[l]a decisión sobre la adopción de una medida por una de las partes para proteger sus intereses esenciales de seguridad queda al arbitrio de esa parte,” y afirma que el Departamento de Estado “es cuidadoso en notar, en cada negociación, la naturaleza *self-judging* de la protección de los intereses esenciales de seguridad de las Partes”.

29. El Departamento de Estado presentó el Modelo completo de TBI de 1992, inclusive el Artículo X, como instrumento confirmatorio y clarificador de su posición en el Modelo de TBI de 1988 y, por cierto, en el Modelo de TBI anterior a ese. Una vez más, a modo de respuesta a la interpelación por parte del Senador Pell acerca del uso de un modelo de TBI durante las audiencias celebradas en 1992, el Departamento de Estado respondió: “Mientras que en ocasiones se han realizado mejoras menores al modelo de texto, éstas no han afectado sustancialmente los derechos centrales contemplados en el tratado...”²⁴ Más adelante en esta misma interpelación realizada por el Senador Pell quiso

²³ La Administración aparentemente realizó un “análisis cláusula por cláusula” de los primeros diez TBI que presentó al Senado en 1986, pero este análisis nunca se elevó al Senado. En las audiencias celebradas en agosto de 1992, el Senador Pell le preguntó a la Administración por qué este análisis no se había presentado al Senado con los tratados mismos; la Administración dijo que no sabía y se disculpó por la omisión. No he podido localizar dicho análisis. Respuestas de la Administración a las Preguntas Formuladas por el Senador Pell, en las Audiencias celebradas el 4 de agosto de 1992, nota *supra* 10, en 16.

²⁴ Audiencias del 4 de agosto de 1992, *supra* nota 10, en 31.

abordar específicamente las disposiciones relativas a la seguridad nacional de todos los TBI pendientes de ratificación por parte del Senado, y preguntó si el Departamento de Estado respaldaría que el Senado perfeccionara el acto agregando un entendimiento como lo hiciera en el caso de los 8 TBI ratificados en 1988, que establecía que: “De conformidad con el Artículo X del tratado las partes podrán tomar todas las medidas que consideren necesarias para hacer frente a amenazas inusuales y extraordinarias a la seguridad nacional”.²⁵ El Departamento de Estado dijo que no respaldaba dicho perfeccionamiento, alegando que había causado demoras en la entrada en vigor de aquellos TBIs debido a la necesidad de brindar explicaciones adicionales a los gobiernos involucrados, y *debido a que*:

Creemos que el entendimiento por parte del Senado agregado a TBI anteriores durante el proceso de ratificación es innecesario para preservar la autoridad de EE.UU. en virtud de la IEEPA [[Ley de Facultades Económicas en Emergencias Internacionales] dado que el artículo de los tratados sobre derechos reservados (generalmente el artículo X) claramente comprende dicha ley.²⁶

30. La IEEPA, sancionada en 1982, otorga al Presidente amplias facultades en materia económica para restringir el comercio, intervenir en los contratos entre privados, y restringir las transacciones financieras entre particulares conforme a una declaración del estado de emergencia nacional, en respuesta a una gama de amenazas militares, diplomáticas o económicas²⁷ Dicha determinación queda a total y exclusivo arbitrio del Presidente, sujeto solamente a la revisión de constitucionalidad por parte de los tribunales estadounidenses de la ley misma. Así, la explicación del Departamento de Estado, en 1992, de por qué un entendimiento del Senado como el agregado en 1988 era innecesario para los tratados de 1992 es una aseveración de que consideraba el Art. X del TBI *self-judging* ya en 1986. La Descripción del Modelo de TBI de 1992 simplemente explicita la posición.

²⁵ Res. Exec. No. 32, Congreso 100^a, Segundo Periodo de Sesiones (1988) en 9-11.

²⁶ Audiencias del 4 de agosto de 1992, *supra* nota 10, en 40.

²⁷ 50 U.S.C. 1701-06 (1982).

31. Esta posición fue la visión de los observadores contemporáneos. El Decano Kenneth Vandeveld de la Escuela de Leyes Thomas Jefferson ha escrito extensivamente sobre la interpretación de los tratados bilaterales de los Estados Unidos²⁸ y rindió testimonio ante el Senado de Estados Unidos durante las audiencias de ratificación del TBI entre Estados Unidos y Rusia.²⁹ Aparentemente, a pedido de los negociadores rusos,³⁰ se agregó una cláusula al Protocolo del tratado explicitando que “las Partes confirman su mutuo entendimiento de que la adopción de medidas tendientes a proteger los intereses esenciales de seguridad por cualquiera de las partes contratantes es *self-judging*.”³¹ Sin perjuicio de la consternación espesada por el Profesor Vandeveld ante tal entendimiento³², escribió en un artículo que publicara sólo un año más tarde. “Es difícil evitar llegar a la conclusión de que desde 1984 Estados Unidos ha interpretado la excepción de los intereses esenciales de seguridad como *self-judging* a pesar de que el TBI con Rusia representa la primera vez desde 1986 que Estados Unidos ha esclarecido su posición públicamente.”³³

²⁸ Ver Vandeveld, *supra* nota 1, en 174.

²⁹ Declaración de Kenneth J. Vandeveld, Profesor Asociado de Derecho, Western State University College of Law, San Diego, California, incluida en las Audiencias celebradas el 4 de agosto de 1992, *supra* nota 10, en 73.

³⁰ Ver Vandeveld, *supra* nota 1, en 174 (donde señala que: “de hecho, el lenguaje del protocolo fue aparentemente insertado en el TBI con Rusia no debido a ninguna consideración en particular, sino simplemente porque los negociadores rusos sugirieron su inclusión”).

³¹ Tratado entre Estados Unidos de América y la Federación Rusa sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscrito el 17 de junio de 1992, Protocolo, ¶ 8, 31 INT’L LEG. MAT. 794.

³² Ver *en general*, Declaración de Kenneth J. Vandeveld, Profesor Asociado de Derecho, Western State University College of Law, San Diego, California, incluida en las Audiencias celebradas el 4 de agosto de 1992, *supra* nota 10, en 73.

³³ Vandeveld, *supra* nota 1, en 174. En 1986 el Departamento de Estado dejó en claro que compartía con sus contrapartes del tratado el entendimiento de que ciertas cuestiones estarían sujetas sólo a arbitraje limitado y que la cláusula de seguridad esencial se entendería como *self-judging*. Mientras que el Departamento de Estado indicó que “estaba considerando la necesidad de alguna medida procesal futura para apuntalar nuestra interpretación”, fue del Senado mismo de donde emergieron los primeros diez TBI bajo el entendimiento de que “cada parte puede adoptar todas las medidas necesarias para hacer frente a cualquier amenaza inusual y extraordinaria a su seguridad nacional”. Informe Ejecutivo. No. 32, Congreso 100º, Segundo Período de Sesiones. (1988) en 9-11.

32. Un año más tarde, cuando el Departamento de Estado presentara el TBI entre Estados Unidos y Argentina al Senado, junto con los TBI para Armenia, Bulgaria, Ecuador, Kazajstán, Kyrgystan, Moldavia, y Rumania, el Senador Pell una vez más formuló detalladas preguntas, inclusive sobre las más leves diferencias que pudieran registrarse en los TBI presentados en comparación con el Modelo de TBI de 1992. Las respuestas del Departamento de Estado dejaron en claro que los TBI suscriptos con Argentina, Bulgaria y Rumania fueron negociados sobre la base de un prototipo de TBI anterior al de 1992, supuestamente el Modelo de TBI de 1988.³⁴ Al mismo tiempo, el Departamento de Estado hizo hincapié en que mientras que los diferentes prototipos exhibían diferencias en cuanto a su redacción, no se alteraban las obligaciones sustantivas de los tratados basados en ellos. De hecho, el Senador Pell preguntó específicamente cuál era la diferencia existente entre el TBI suscrito con Argentina y el suscrito con Ecuador. El Departamento de Estado respondió que las “diferencias en los TBI reflejan las diversas circunstancias imperantes en cada país, así como también el hecho de que el TBI suscrito con Argentina se base en una versión anterior de prototipo de TBI... Sin embargo, las obligaciones comprendidas en los dos tratados son en esencia las mismas.”³⁵
33. Además, el Departamento de Estado insistió en reiteradas oportunidades en que había identificado y explicado que no había diferencias. En cuanto a Ecuador y Argentina, por ejemplo, de acuerdo con el Departamento de Estado, “Toda diferencia entre el TBI y el prototipo se discute en la carta del Secretario de Estado al Presidente que describe ese tratado.”³⁶ En una pregunta anterior general, el Senador Pell insistió en querer conocer ¿por qué, “[d]ado que las

³⁴ Ver, por ejemplo, Respuestas del Departamento de Estado a las Preguntas Formuladas por el Senador Pell en las Audiencias del 10 de septiembre de 1993, *supra* nota 19, en 31-33 (con referencia a la indemnización por expropiación, “[l]a redacción de este párrafo en los TBI con Argentina y Bulgaria está basada en un prototipo de TBI anterior”; de manera similar, con referencia a los cálculos por indemnización “[l]a redacción de este párrafo en los TBI con Argentina y Bulgaria está basada en un prototipo de TBI anterior [que contenía una frase redactada de manera diferente pero con el mismo significado de fondo]).

³⁵ *Id.* en 37.

³⁶ *Id.*

negociaciones presuntamente comienzan basándose en el prototipo de TBI”, la *Letter of Submittal* no incluye explicaciones detalladas sobre los cambios, agregados, o eliminaciones del Prototipo?”³⁷ El Departamento de Estado respondió específicamente con referencias a la *Letter of Submittal* para Argentina, así como también para Bulgaria y Rumania, reparando en el hecho de que cada una de estas cartas “describen disposiciones significativas que difieren de algunos tratados anteriores o que requieren especial atención.”³⁸ Por lo tanto, una vez más, la *ausencia* de cualquier mención de la cláusula de seguridad esencial en la *Letter of Submittal* para Argentina es prueba contundente de que ambas partes aceptaron una interpretación *self-judging* de dicha cláusula.

34. Dada la abrumadora evidencia de que Estados Unidos interpretó el artículo XI como *self-judging* y la falta de evidencia de que Argentina la entendió como no *self-judging* las cláusulas de no exclusión deben ser interpretadas como *self-judging* y sujetas sólo al requerimiento de buena fe.

IV. LA NECESIDAD DE ACLARAR LAS EXPECTATIVAS DE LOS INVERSORES

35. Un tribunal que considere este caso podría desear considerar dos cuestiones pertinentes. En primer lugar, no obstante todas las pruebas presentadas con respecto a las intenciones de Estados Unidos relativas al carácter *self-judging* del Artículo XI, interpretación con la que Argentina está aparentemente de acuerdo, es verdad que los negociadores estadounidenses saben cómo ser aun más explícitos en el texto del tratado si desean serlo. Por ello, ¿por qué no debería insistir el tribunal en la versión internacional de lo que en el derecho interno de Estados Unidos se conoce como la “norma de las intenciones claras”: una doctrina que insiste en que el legislador, ya sea un órgano legislativo o las partes de un tratado, debe ser absolutamente explícito respecto de sus intenciones?³⁹ En

³⁷ *Id.* en 27.

³⁸ *Id.*

³⁹ *Ver, por ej., Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452 (1991).

segundo lugar, dado que uno de los principales objetivos de la ley de inversiones extranjeras es promover dichas inversiones, estabilizando las expectativas de los inversores, ¿cómo podría afectar la evolución de esa ley la determinación de que la cláusula de medidas no excluidas en todos los TBIs suscritos por Estados Unidos es *self-judging*?

36. La respuesta a ambas preguntas nos lleva del terreno del derecho puro a las preguntas subyacentes de naturaleza política que dan forma a la ley de inversiones extranjeras en general, y a los tratados bilaterales de inversiones en particular. En primer lugar, insistir en que los estados hagan absolutamente explícita su intención de incluir una cláusula *self-judging* de medidas de exclusión casi seguramente llevará a que los TBIs hagan precisamente eso. Es probable que se popularice el uso de la fórmula incluida en el Tratado Bilateral de Inversiones entre Estados Unidos y Bahrein, de acuerdo a la cual “El presente Tratado no impedirá que cada una de las Partes aplique las medidas que considere necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones respecto del mantenimiento o restablecimiento de la paz o seguridad internacional, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”.⁴⁰

37. Tal resultado podría aclarar las expectativas de los inversores, pero también podría minar su confianza en la seguridad de sus inversiones. Esta posibilidad es precisamente lo que preocupaba al Profesor Alvarez cuando se manifestó contra el triunfo del proteccionismo político sobre las salvaguardas para los inversores a fines de la década del 80⁴¹. Los inversores y sus abogados por lo tanto sabrán que las naciones se reservan el derecho inequívoco de desviarse de sus obligaciones en virtud del tratado si consideran que sus intereses esenciales

⁴⁰ Ver Tratado entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno del Estado de Bahrein para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con Anexo y Protocolo, 29 de septiembre de 1999, Art. 14.

⁴¹ José E. Alvarez, Proteccionismo Político y Obligaciones Internacionales de Inversión de los EE.UU ante un conflicto (*Political Protectionism And United States International Investment Obligations In Conflict: The Hazards Of Exon-Florio*), 30 VA. J. INT'L L. 1 (1989) (donde expresa su preocupación en el sentido de que “El equilibrio alcanzado en Exon-Florio entre la libertad de competencia y la seguridad

de seguridad están en peligro.

38. Un mejor resultado sería considerar la intención de las partes, de acuerdo con el énfasis de la Convención de Viena en la cuestión del texto y el contexto, así como los *travaux preparatoires* y las circunstancias en que se cerró el tratado, en los casos en que su redacción resulte ambigua. Cuando, como sostenemos aquí, dicha investigación revela que era en efecto intención de las partes que una determinada cláusula de medidas de no exclusión fuera *self-judging*, el tribunal debería respetar esa intención, siempre y cuando exista buena fe. La exigencia de buena fe, a su vez, debería interpretarse y aplicarse con sumo cuidado.
39. El valor de este enfoque es que pone la carga primaria para la protección de las inversiones extranjeras en la buena fe del propio gobierno receptor, en lugar de un tribunal arbitral o judicial. Si un gobierno puede adoptar medidas esenciales para proteger sus intereses de seguridad nacional pero *debe hacerlo de buena fe*, entonces deberá tener muy en cuenta los detalles de sus obligaciones en virtud del tratado. En otras palabras, si los términos de una cláusula de medidas de no exclusión exigen que la misma se invoque sólo para proteger intereses esenciales de seguridad, entonces el gobierno en cuestión deberá identificar esos intereses y estar preparado para defender su determinación en el sentido de que los mismos son de naturaleza esencial.
40. El papel de un tribunal arbitral o judicial debería ser revisar esta determinación y las medidas adoptadas por el gobierno en relación con la misma, dentro de los términos del tratado, a fin de evaluar la buena fe de las medidas de gobierno. Con el tiempo, podría esperarse que este proceso en dos pasos aliente el desarrollo de un procedimiento estándar por parte del gobierno para tomar dicha determinación, dado que la regularidad procesal es un componente estándar en la evaluación de la buena fe. Alentaría asimismo a los gobiernos a llevar un registro de sus procesos de toma de decisiones, otro aporte positivo al estado de

derecho en general.

41. En definitiva, la mejor protección para los inversores radica precisamente en la buena fe de los gobiernos, buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones en virtud de un tratado incluso en épocas de crisis. Un sistema en el cual se firman contratos y se negocian tratados sólo para ser dejados de lado en tiempos de crisis, con alguna forma de compensación posterior para los inversores, es decididamente inferior a un sistema en el cual el gobierno incluye sus obligaciones en virtud de los tratados como parte de sus procedimientos internos. No es probable que los gobiernos celebren tratados de protección de inversiones en primer lugar, a menos que conserven la flexibilidad para defender sus intereses esenciales de seguridad. No es probable que los inversores depositen mucha confianza en estos tratados, a menos que piensen que los gobiernos están sujetos a ciertas limitaciones para poder invocar la necesidad de defender esos intereses. La mejor solución de compromiso es un enfoque interpretativo de cualquier tratado en particular, que exija que el gobierno reconozca que su potencial responsabilidad por desviarse de las obligaciones impuestas dependerá del grado en que demostrablemente opere dentro del marco general del tratado en una determinación de buena fe en el sentido de que sus intereses esenciales se encuentran en juego.

42. Al analizar la obligación de buena fe, entonces, el tribunal mismo debe incorporar muchos si no todos de los mismos criterios que aplicaría para determinar si se han cumplido los términos de una cláusula de medidas no excluidas que no sea *self-judging*. El análisis del tribunal funciona **at one remove**, en el sentido de que debe decidir si el gobierno tuvo en cuenta los términos de una cláusula en particular en lugar de aplicar dichos términos directamente a los hechos del caso. Sin embargo, cada determinación de buena fe variará dependiendo de los términos del tratado y de la interpretación que el tribunal haga del significado específico de esos términos.

V. EL ARTÍCULO XI INCORPORA UNA EXIGENCIA DE BUENA FE

43. A fin de determinar si el Artículo XI resulta aplicable a este caso, el tribunal deberá tener en cuenta la intención manifestada tanto por Estados Unidos como por Argentina para determinar cuándo existen en virtud de dicho Artículo circunstancias que les permiten tomar medidas que de otro modo estarían prohibidas en virtud del Tratado. Dicha determinación, sin embargo, deberá hacerse también de buena fe.⁴²

44. Estados Unidos sostiene desde hace tiempo que dicho país tiene derecho, dentro de los límites de la buena fe, a determinar que existe una emergencia de seguridad nacional u orden público. Como lo expresara el Senador Helms en septiembre de 2000, “Estados Unidos considera que esta redacción es *self-judging*, si bien, en las palabras del Departamento de Estado, “cada Parte espera que la otra aplique las disposiciones de buena fe””.⁴³ Un análisis de los tratados bilaterales de inversiones efectuado en 1998 por la Comisión de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo observó: “Estados Unidos ha adoptado la postura de que la determinación de si una medida resulta necesaria para proteger los intereses esenciales de seguridad de un país es una cuestión que cae exclusivamente dentro de su propia competencia, y no está sujeta a revisión por parte de ningún tribunal internacional”.⁴⁴

⁴² Ver, por ejemplo, *Nuclear Tests Case*, 1974 Informes de la CIJ 268, en ¶ 46 (que determina que uno de los principios básicos que rige la creación y cumplimiento de las obligaciones jurídicas, sin importar su fuente, es el principio de la buena fe”). Estados Unidos ha aceptado durante mucho tiempo este requisito de buena fe en la interpretación del tratado. De acuerdo con el Restatement (3^a) de la Foreign Relations Law of the United States §325 [Ley de Relaciones Exteriores de Estados Unidos], “Los acuerdos internacionales se habrán de interpretar como ejecutados de buena fe.” Ver también Vandeveld, *supra* nota 1, en 176-77 (1993) (El mejor enfoque es que, cuando se trate de un interés de seguridad de naturaleza *self-judging*, deberá aún así satisfacer el requisito de buena fe.)

⁴³ Tratados bilaterales de Inversión con Azerbaiján, Bahrein, Bolivia, Croacia, El Salvador, Honduras, Jordán, Lituania, Mozambique, Uzbekistán, y un protocolo de reforma del tratado bilateral de inversión con Panamá: informe (para acompañar al tratado, docs. 106-47; 106-25; 106-26; 106-29; 106-28; 106- 27; 106-30; 106-42; 106-31; 104-25; y 106-46). Disponible en <http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi? dbname=106_cong_reports&docid=f:er023.106> (a la que se accedió el 19 de julio de 2005).

⁴⁴ Comisión de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, TBIS A MEDIADOS DE LOS '90 (1998), pág. 86.

45. Sin la exigencia de buena fe, una cláusula *self-judging* de seguridad esencial tendría realmente el potencial de viciar las obligaciones de fondo de un TBI. El gobierno receptor podría simplemente invocar la cláusula cada vez que lo deseara para justificar el incumplimiento de esas obligaciones. Por ello, incluso el Juez Schwebel, quien apoyó la interpretación estadounidense de la cláusula de seguridad esencial incluida en su tratado FNC con Nicaragua, sostuvo que igualmente correspondería a un tribunal determinar si una parte invocó la cláusula de buena fe⁴⁵. Argentina nunca negó la existencia del requisito de buena fe en la negociación del Tratado, ni en este proceso ni en otros procesos relacionados en virtud del TBI entre Estados Unidos y Argentina. Por tanto, llegamos a la conclusión de que, de acuerdo a los términos del tratado, los gobiernos de ambas naciones están obligados a actuar de buena fe al invocar el Artículo XI para justificar medidas que de otro modo estarían prohibidas en virtud del Tratado.

VI. EL GOBIERNO ARGENTINO ACTUÓ DE BUENA FE EN VIRTUD DEL ARTÍCULO XI

46. A fin de determinar si el Gobierno Argentino actuó de buena fe, el tribunal deberá efectuar un análisis tanto del derecho como de los hechos. El análisis legal se refiere al alcance de las “medidas necesarias para la protección del orden público” y la definición de “intereses esenciales de seguridad”. Específicamente, ¿comprenden estos términos una situación de crisis económica además de las crisis militares? El análisis fáctico exige determinar si la situación vivida en Argentina entre 2000 y 2002 fue lo suficientemente grave como para elevarse al nivel de amenaza al orden público y a los intereses esenciales de seguridad de ese país.

⁴⁵ Ver Caso sobre Actividades Militares y Paramilitares en y en contra de Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos) Decisión sobre el fondo del 27 de junio de 1986 (Schwebel, en disidencia) en ¶105 (que sostuvo que “el Tratado no provee la base de jurisdicción para que la Corte entienda en el presente caso, ciertamente por las cuestiones centrales que plantea, a menos que, en todo caso, la sustentación de Estados Unidos en el Artículo XXI(1)(d) carezca, a primera vista, de fundamento”).

A. EL ARTÍCULO XI PERMITE A LOS ESTADOS PARTE ADOPTAR MEDIDAS PARA PROTEGER LA SEGURIDAD ECONÓMICA Y LA ESTABILIDAD POLÍTICA, COMO ASÍ TAMBIÉN LA CLÁSICA SEGURIDAD MILITAR.

46.

47. 47. Varias disposiciones del Artículo XI abarcan específicamente las medidas que un estado pueda considerar necesarias para estabilizar su economía como un pilar fundamental del orden político y social. De hecho, la referencia a “medidas necesarias para proteger el orden público” se asemeja al poder de policía de un estado. En un escrito de 1986, un ex asistente del Consejero Legal del Departamento de Estado señaló que “en la práctica constitucional de EE.UU., este concepto de derecho civil es fundamentalmente el equivalente del poder de policía.”⁴⁶ Esta interpretación iguala los términos de algunos otros tratados bilaterales de inversión, según los cuales “la preservación del orden público incluiría medidas tomadas de acuerdo a los poderes de policía de una de las partes para asegurar la salud pública y la seguridad.”⁴⁷

48. El poder de policía de un estado es efectivamente el componente interno de su seguridad nacional. Mientras la seguridad internacional se refiere a la capacidad de un estado para manejar amenazas provenientes de afuera del estado, el poder de policía o el orden público se refiere a la capacidad de un estado para manejar amenazas de origen interno – disturbios, descontento social generalizado, delincuencia, el panorama de actual desintegración del orden fundamental y de la seguridad individual que el gobierno debería garantizar. Como se analiza más abajo, éstas son precisamente las condiciones sobresalientes que afectaron a la Argentina entre 1999 y 2002.

⁴⁶ K. Scott Gudgeon, *United States Bilateral Investment Treaties: Comments On Their Origin, Purposes, And General Treatment Standards*, 4 INT'L TAX & BUS. LAW. 105 (1986). (Tratados Bilaterales de Inversión de Estados Unidos: Comentarios sobre sus orígenes, propósitos y estándares generales de tratamiento).

⁴⁷ Ver, por ejemplo, *Tratado Bilateral de Inversión de Ecuador*, disponible en <http://www.tcc.mac.doc.gov/cgi-bin/doi.cgi?204:64:842699924:44>.

49. Además de la disposición sobre orden público, la referencia del Artículo XI a “intereses esenciales de seguridad” deliberadamente incluye intereses económicos y políticos. Como aclaró el Senador Helms en el año 2000, un “interés esencial de seguridad” incluiría una “emergencia nacional” como así también un “estado de guerra.” Aun más amplia es la inclusión de “otras acciones que ‘tengan una relación clara y directa con los intereses esenciales de seguridad de la Parte concernida.”⁴⁸ La necesidad de una interpretación amplia de los intereses de seguridad fue confirmada por un representante de la primera administración de Bush en 1992, quien señaló que los intereses de seguridad no pueden ni deben ser definidos en tales tratados, pues “Hacerlo implicaría cerrarse a opciones que podemos necesitar para referirnos a los intereses de seguridad y que hoy no podemos prever.”⁴⁹
50. Una interpretación amplia de la expresión “intereses esenciales” se sugiere también en los Comentarios de la Comisión de Derecho Internacional a los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales.⁵⁰ De acuerdo con los comentarios al Artículo 25, referidos a la invocación del estado de necesidad, existe “una amplia variedad de intereses [esenciales], incluyendo proteger el medioambiente, preservar la existencia misma del Estado y sus habitantes en situaciones de emergencia pública, o garantizar la seguridad de la población civil”.⁵¹
51. Incluso en el caso mucho más restrictivo de una defensa de necesidad, numerosos tribunales han aceptado –por lo menos en principio– que una crisis económica severa puede poner en peligro los intereses esenciales de un estado. En el caso *Russian Indemnity*, el Gobierno Otomano sostuvo que una situación financiera extremadamente difícil ponía en peligro los intereses esenciales de ese

⁴⁸ Descripción del Modelo de TBI, incluida en Audiencias del 4 de agosto de 1992, *supra* nota 10, en 65.

⁴⁹ Tratados Bilaterales de Inversión con la República Checa y Federal de Eslovaquia, el pueblo de la República del Congo, las Federaciones Rusas, Sri Lanka, y Túnez, y dos Protocolos para Tratados con Finlandia e Irlanda, página 51 (1992).

⁵⁰ Jose E. Alvarez, *Political Protectionism And United States International Investment Obligations In Conflict: The Hazards Of Exon-Florio*, 30 VA. J. INT'L L. 1 (1989).

estado, lo que resultaba suficiente para invocar una defensa de necesidad. El tribunal arbitral determinó que “*La excepción de fuerza mayor*, invocada en primer lugar, es discutible bajo el derecho público internacional, así como en el derecho privado; el derecho internacional debe adaptarse a las exigencias políticas. El Gobierno Imperial Ruso expresamente admite... que la obligación de un Estado de respetar un tratado puede verse debilitada si la existencia misma del Estado se encuentra en peligro, si el cumplimiento del deber internacional resulta ... *autodestructivo*.”⁵² Si bien el tribunal determinó que la suma en disputa –seis millones de francos- era demasiado insignificante para “haber puesto en peligro la existencia del Imperio Otomano o su situación interna o externa”⁵³, igualmente “aceptó la defensa en principio”⁵⁴.

52. De igual modo, en el caso *Société Commerciale de Belgique*, el gobierno de Grecia invocó serias dificultades económicas como excusa por la falta de pago de una suma a una empresa belga⁵⁵. Nuevamente, de acuerdo con la Comisión de Derecho Internacional, “la Corte aceptó de manera implícita el principio básico”⁵⁶. Ambas partes en el caso *Serbian Loans* aceptaron un argumento parecido⁵⁷. En el caso *Forests in Central Rhodope*, “las partes acordaron que dificultades financieras muy graves podrían justificar una forma de cumplimiento de la obligación distinta de la originalmente prevista”⁵⁸.

⁵¹ Comisión de Derecho Internacional, Comentarios a los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales, Art. 25, en ¶14.

⁵² *UNRIIAA.*, vol. XI, p. 431 (1912), en p. 443; *Secretariat Survey*, ¶. 394.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ Comisión de Derecho Internacional, Comentarios a los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales, Art. 25, en ¶7.

⁵⁵ *Société Commerciale de Belgique*, 1939, P.C.I.J., Serie A/B, No. 78, p. 160; *Secretariat Survey*, ¶. 288.

⁵⁶ Comisión de Derecho Internacional, Comentarios a los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales, Art. 25, en ¶8.

⁵⁷ *Case Concerning Certain Serbian Loans, 1929, P.C.I.J., Serie A, No. 20; Secretariat Survey*, ¶s. 263-268. *Ver también* Comisión de derecho Internacional, Comentarios a los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales, Art 25, p. 141, fn. 410.

⁵⁸ Comisión de Derecho Internacional, Comentarios a los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales, Art. 25, p. 141, fn. 407.

53. En fecha más reciente, y en una situación muy similar al caso que nos ocupa, el tribunal arbitral en el caso *CMS Gas Transmission Company c/ República Argentina* observó: “no hay nada en el contexto del derecho internacional consuetudinario o en el objeto y propósito del tratado que pueda por sí solo exceptuar a las crisis económicas graves del alcance del Artículo XI”⁵⁹. Cada una de estas decisiones subraya el hecho de que las emergencias económicas pueden amenazar, y con frecuencia amenazan, los intereses esenciales enumerados en el Artículo XI.
54. En el contexto del sistema internacional particularmente virulento de nuestros días, resulta crítico que las cláusulas de “orden público” y “seguridad esencial” del Artículo XI se interpreten ampliamente, incluyendo una serie de nuevos peligros que podrían amenazar la existencia misma del estado. Vivimos en un mundo en el que las amenazas a la seguridad representadas por el conflicto interno o incluso el fracaso del estado suelen ser mucho mayores que la probabilidad de invasión externa. Como es evidente hoy en países como Bolivia, Colombia o incluso Ecuador, las crisis económicas y el caos político se encuentran estrechamente ligados. La crisis económica en Argentina fue mucho más seria que cualquier otra situación existente en el continente hoy. Los observadores contemporáneos trazaron una analogía entre la situación en Argentina y la de Alemania en la década de 1920 o la Gran Depresión en Estados Unidos. El Gobierno Argentino tenía todos los motivos para llegar a la conclusión de que la crisis representaba una amenaza para el orden público y los intereses esenciales de seguridad –dos situaciones explícitamente previstas en el Artículo XI del tratado.
55. El tratado bilateral de inversiones entre Estados Unidos y Argentina debe interpretarse en este contexto, otorgando a ambas naciones particular amplitud para ejercer las excepciones en materia de orden público y seguridad. La intención del Gobierno de Estados Unidos era proteger la capacidad de los estados de proteger la seguridad nacional y mantener el orden público. El TBI

⁵⁹ *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. Arb/01/8, Laudo del 12 de mayo de 2005 en ¶ 359.

Estados Unidos-Argentina no especifica limitación alguna a la excepción de orden público. Teniendo en cuenta la historia de su redacción, la evolución de la política estadounidense con respecto a la capacidad de un estado de determinar el carácter y alcance de las medidas no excluidas y, por tanto, la interpretación abierta del Artículo XI, el tratado debe interpretarse de manera tal que otorgue libertad de acción cuando la seguridad esencial, la salud pública o la seguridad de la población estén en peligro.

B. LA CRISIS FINANCIERA ARGENTINA CALIFICA COMO AMENAZA TANTO AL ORDEN PÚBLICO COMO A LOS INTERESES ESENCIALES DE SEGURIDAD DE ARGENTINA EN VIRTUD DEL ARTÍCULO XI

56. Bajo cualquier interpretación la crisis financiera, los disturbios, y el caos de 2000-2002 en Argentina constituyen una emergencia nacional suficiente para invocar las protecciones del Artículo XI. Éste no es un caso difícil. La situación en Argentina entre el año 2000 y el 2002 representaba una amenaza significativa tanto para el orden público como para la seguridad nacional. La invocación por parte de Argentina de la excepción por motivos de orden público al tratado bilateral de inversión era exactamente la circunstancia para la cual esa disposición había sido creada. Numerosos informes han relacionado el período mencionado en la Argentina con la Gran Depresión de los años treinta en los Estados Unidos.⁶⁰ Durante todo el 2001, Argentina pasó por un período de colapso financiero. En solamente un día, el peso argentino perdió el 40% de su

⁶⁰ Ver, por ejemplo, "Liberty's Great Advance," *The Economist* (28 de junio de 2003) ("Argentina has endured an economic collapse to match the Great Depression of the 1930s.") (Argentina ha soportado un colapso económico que recuerda la Gran Depresión de los años treinta); Lesley Wroughton, "Argentina's Request for 75% Cut in Debt Angers Creditors," (El pedido de Argentina de un recorte del 75% de su deuda enoja a los acreedores) *The Globe and Mail* (23 de septiembre de 2003) ("Striking a debt restructuring deal with its creditors is essential for Argentina as it struggles to recover from an economic slump deeper than the 1930s U.S. Great Depression."). (Encarar un programa de reestructuración de la deuda con sus acreedores es esencial para Argentina, que lucha por recuperarse de una caída más profunda que la de la Gran Depresión de 1930 en EE. UU.) Ver también, Certificado Concerniente al estado de necesidad en Argentina, Guillermo Nielsen, Secretario de Finanzas de Argentina, enero de 2003 [en adelante, la Declaración de Nielsen].

valor.⁶¹ Según *The Economist*, durante el colapso, “el ingreso per cápita en dólares ... se contrajo de cerca de \$7.000 a apenas \$3.500”, y “el desempleo [llegó] tal vez al 25%.”⁶² Este caos económico significó que para fines del 2002, más de la mitad de la población argentina estuviera viviendo bajo la línea de pobreza.⁶³

57. Desde fines de noviembre del año 2000, huelgas masivas paralizaron al país. El 23 de noviembre de 2000, “millones de trabajadores no entraron a sus trabajos... en la mayor huelga nacional en años, mientras las protestas conducidas por los sindicatos contra las medidas de austeridad del gobierno paralizaban a la Argentina.”⁶⁴ Un huelguista fue fatalmente asesinado; las escuelas y los negocios cerraron; no había transporte, energía, bancos ni servicios de salud.⁶⁵ El 22 de mayo de 2001, manifestantes cortaron rutas en protestas a lo largo de todo el país.⁶⁶ Nuevamente, el 20 de Julio de 2001, “una huelga general contra los severos recortes al gasto público en Argentina paraliza gran parte del país.”⁶⁷ Los manifestantes cortaban rutas con gomas quemadas y la aerolínea nacional suspendía todos sus vuelos en “una de las más grandes protestas de trabajadores en años.”⁶⁸ El gobierno enfrentaba un “clima de crisis” después de que las acciones cayeran un 12 por ciento la semana anterior, con las preocupaciones respecto de la solvencia de Argentina.⁶⁹

⁶¹ Declaración de Nielsen, ¶ 11.

⁶² *A decline without parallel - Argentina's collapse – Explaining Argentina's economic collapse*, THE ECONOMIST, Special Report, (Informe Especial), 2 de marzo de 2002. (Una declinación sin precedentes- Colapso de Argentina-Explicar el colapso económico de Argentina).

⁶³ Declaración de Nielsen, ¶ 5.

⁶⁴ “One Dead As Argentina Is Paralysed By Biggest National Strike In Years,” *The Canadian Press* (4 de noviembre de 2000). (Un muerto mientras Argentina está paralizada por la mayor huelga nacional en años)

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ Laurence Norman, “Protests, rising social tensions as Argentina's economy continues to struggle,” *Associated Press Newswires* (22 de mayo de 2001). (Protestas y tensión social en aumento mientras la economía sigue estancada)

⁶⁷ “Strike over cutbacks brings Argentina to a standstill,” *The Scotsman* (20 de Julio de 2001). (Huelga por reducción de personal paraliza a la Argentina).

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.*

58. El 8 de agosto de 2001, Argentina fue sacudida por otra ola de cortes de rutas y miles de manifestantes marcharon por la capital.⁷⁰ En diciembre de 2001, un día de disturbios dejó un saldo de 30 ciudadanos muertos y llevó a la renuncia del Presidente Fernando de la Rúa y a la caída del gobierno.⁷¹ Un autor describió la situación de fines de 2001 como “potencialmente explosiva,” marcada por “debilidades de política interna y falta de apoyo externo, sumado a la depresión, la deflación, el hiper-desempleo (20 por ciento de la población económicamente activa), la pobreza extrema (14 millones de personas), [y] el alto endeudamiento externo (142.000 millones de dólares).”⁷² Una “última explosión social hacia fines de diciembre ... puso fin al gobierno de la Alianza de una manera dolorosa y sangrienta.”⁷³

59. El colapso económico y la revuelta social produjeron la caída de dos administraciones presidenciales durante el año 2001, poniendo de este modo en peligro la estabilidad del estado y amenazando la salud y la seguridad de los ciudadanos argentinos en todo el país.⁷⁴ Un observador señala un “trágico espectáculo de la sucesión de cinco presidentes en sólo diez días”⁷⁵. En los hospitales, faltaban los medicamentos más elementales,⁷⁶ “varios políticos

⁷⁰ Diego Giucide, “Flooding On Argentina's Famed Pampas Adds To The Misery Of A Country In Economic Crisis,” Associated Press Newswires (30 de noviembre de 2001). (Inundaciones en las afamadas Pampas de Argentina se suman a la miseria de un país en crisis económica).

⁷¹ Declaración de Nielsen, ¶ 8.

⁷² DEBORAH L. NORDEN, *LOS ESTADOS UNIDOS Y ARGENTINA*, p.127 (Routledge 2002). Otro autor acordó: “También hemos visto el rostro humano de las crisis. En Ecuador y en Argentina, hemos visto a los ahorristas de clase media tratando de retirar los ahorros de toda su vida, golpeando inútilmente las puertas de los bancos que habían cerrado, pues se decretó un feriado bancario en medio de la crisis de liquidez nacional. En el 2002, Argentina está experimentando un colapso no sólo de su sistema financiero, sino también de sus instituciones políticas y también del orden social.” DOMINIC BARTON, *MERCADOS PELIGROSOS: MANEJO EN CRISIS FINANCIERAS*, p. 3 (John Wiley & Hijos, 2002).

⁷³ NORDEN, *supra* nota 73, en 127.

⁷⁴ A decline without parallel - Argentina's collapse – Explaining Argentina's economic collapse, THE ECONOMIST, Special Report, (Informe Especial), 2 de marzo de 2002. (Una declinación sin precedentes-Colapso de Argentina-Explicar el colapso económico de Argentina).

⁷⁵ PAUL BLUSTEIN, *AND THE MONEY KEPT ROLLING IN (AND OUT): WALL STREET, THE IMF AND THE BANKRUPTING OF ARGENTINA I* (2005).

⁷⁶ A decline without parallel - Argentina's collapse – Explaining Argentina's economic collapse, THE ECONOMIST, Special Report (Informe Especial), 2 de marzo de 2002. (Una declinación sin precedentes-Colapso de Argentina-Explicar el colapso económico de Argentina).

[fueron] golpeados y sufrieron abusos en la calle,” y “docenas de filiales de bancos [fueron] atacadas.”⁷⁷

60. En este clima general, amplios controles de precios por parte del gobierno argentino hubieran estado completamente justificados, según las disposiciones del Artículo XI. Sin embargo, las acciones de Argentina destinadas a congelar los aumentos al transporte de gas natural tienen una justificación crítica adicional. El gasoducto es un componente esencial de la infraestructura energética de Argentina. Transporta una proporción significativa del gas natural de Argentina, que provee a los hogares del combustible para calefacción y cocina, además de llevar a importantes industrias la energía necesaria para mantener la infraestructura básica del país. Continuos incrementos en el costo del transporte de gas durante un período de colapso económico hubieran puesto en peligro la salud y el bienestar de innumerables ciudadanos argentinos que dependían del combustible para calefacción y cocina. De modo similar, aumentos significativos de costos en industrias esenciales bien podrían haber exacerbado más aún el colapso económico y la agitación política y social asociada a éste.
61. Durante este período, Argentina hizo frente a una amenaza del orden público que también ponía en peligro la salud y la seguridad del estado argentino y de su pueblo. Éste es un mundo en el cual la amenaza de seguridad planteada por posibles fallas del estado es a menudo mucho más grande que la probabilidad de una invasión extranjera. Cuando los estados fracasan —como hemos visto tan claramente en Afganistán y en otras partes—, la seguridad esencial del estado y la misma supervivencia de sus ciudadanos están en riesgo. La crisis económica en Argentina tuvo el potencial de causar un estado tal de fracaso catastrófico, y así debe ser entendida: tanto como una amenaza al orden público como a los intereses esenciales de seguridad —ambas situaciones explícitamente previstas en el Artículo XI del tratado.

⁷⁷ *A decline without parallel - Argentina's collapse – Explaining Argentina's economic collapse*, THE ECONOMIST, Special Report, (Informe Especial), 2 de marzo de 2002. (Una declinación sin precedentes-Colapso de Argentina-Explicar el colapso económico de Argentina).

62. Dados estos hechos, el 6 de enero de 2002, Argentina declaró explícitamente una emergencia pública y alteró los acuerdos financieros de ciertos contratos del gobierno a través de la Ley 25.561. Aun así, la ley en sí misma establece una emergencia de orden público que está amparada por el tratado. El Artículo 1 de la Ley 25.561 dice: “De acuerdo a disposiciones contenidas en el artículo 76 de la Constitución Nacional, se declara una emergencia pública con respecto a temas sociales, económicos, administrativos, financieros y de política cambiaria, delegándose en el poder ejecutivo las facultades contempladas por la presente ley...”⁷⁸ El Artículo 19 afirma que ésta es una ley de “orden público”. Esta declaración de emergencia pública justificada por la preservación del orden público, invoca las disposiciones del Artículo XI del TBI y libera a Argentina de sus obligaciones de acuerdo al tratado.
63. Las cláusulas relativas al orden público en el Artículo XI permiten “a las partes del TBI tomar las medidas “respecto de la salud y la seguridad pública”. Como demostré anteriormente, se trataba precisamente de un caso de disturbios públicos, como consecuencia de los cuales la vida de muchos ciudadanos se vio amenazada y peligró la propiedad. De hecho, si los acontecimientos en Argentina no constituían una emergencia nacional, es sinceramente difícil pensar qué lo sería. La crisis de Argentina llegó a los titulares de las principales publicaciones de todo el mundo, haciendo tambalear los cimientos mismos de la sociedad. Su invocación de la cláusula de seguridad esencial se realizó manifiesta y objetivamente de buena fe.
64. Un texto reciente de un respetado y objetivo analista financiero describe “el colapso de la economía argentina, que comenzó un par de semanas luego de la partida de la Misión del FMI a principios de diciembre de 2001” como “una de las más espectaculares en la historia moderna”⁷⁹. El autor señala que “el país descendió a un estado de anarquía” y que “la producción nacional se redujo un 11% en 2002, dejando sin empleo a casi la cuarta parte de la población activa, y a la mayoría de la población por debajo de la línea de pobreza, mientras se

⁷⁸ Ley 25.561, 6 de enero de 2002, art. 1.

disparaban los precios de artículos de la canasta básica, como por el ejemplo el pan, los fideos, y el azúcar”⁸⁰. Más aun, el autor atribuye gran parte de la culpa de la crisis a las políticas del Fondo Monetario Internacional (FMI) y a los “mercados financieros globales”, señalando que “el FMI puede con justicia ser acusado de lo que podría llamarse “síndrome del modelo” en el entusiasmo que manifestó cuando el país adoptó las reformas que el Fondo prefería ... las consecuencias fueron graves ... pero los mercados financieros globales tuvieron una culpa aun mayor en este sentido”⁸¹.

VII. SUBSIDIARIAMENTE, ARGENTINA CUMPLIÓ LOS REQUISITOS DE NECESIDAD DEL ARTÍCULO XI Y LOS DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO.

65. Si el tribunal rechaza la interpretación de que el Artículo XI es *self-judging*, deberá entonces determinar si Argentina se enfrentó con una amenaza al orden público y/o a los intereses esenciales de seguridad, y si las medidas que tomó fueron de hecho necesarias para mantener el orden público y defender sus intereses esenciales de seguridad. Se ha sugerido que la prueba para determinar la necesidad de las medidas adoptadas por Argentina es si estos actos eran los *únicos* medios para preservar el estado⁸². Esta interpretación erróneamente aplica al Artículo XI los requisitos generales de la defensa de necesidad del derecho internacional consuetudinario, expresados en el Artículo 25 de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional.

66. Este enfoque es incorrecto por tres motivos. En primer lugar, equiparar el Artículo XI con la defensa de necesidad en el derecho internacional

⁷⁹ BLUSTEIN, *supra*, nota **¡Error! Marcador no definido.**, en 1.

⁸⁰ BLUSTEIN, *supra*, nota **¡Error! Marcador no definido.**, en 2.

⁸¹ BLUSTEIN, *supra*, nota **¡Error! Marcador no definido.**, en 201.

⁸² Ver *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. Arb/01/8, Laudo del 12 de mayo de 2005.

consuetudinario vicia el objeto y propósito del artículo y probablemente del TBI Estados Unidos-Argentina en general. En segundo lugar, al poner a prueba la validez de las medidas adoptadas por Argentina, corresponde a las Demandantes la carga de demostrar la existencia de un curso de acción menos restrictivo y legalmente permitido. En tercer lugar, incluso si el tribunal determinara que el Artículo XI incorpora el derecho internacional consuetudinario con respecto al tema de la necesidad, la grave situación económica vivida en Argentina satisface los más estrictos requisitos de derecho consuetudinario.

67. Una prueba mucho mejor y más práctica para satisfacer el requisito de necesidad en el Tratado es exigir que las Demandantes muestren una alternativa menos restrictiva y legalmente válida que mantenga adecuadamente el orden público o proteja la seguridad esencial del estado. Las Demandantes sostienen que las medidas adoptadas no eran necesarias, pero luego tratan de trasladar la carga de la prueba a la Demandada, obligándola a demostrar que sí lo eran. De hecho, las Demandantes no han cumplido la carga de la prueba que les corresponde, y que no es solamente invocar la falta de necesidad, sino efectivamente demostrar una alternativa legalmente válida. Sólo entonces correspondería a la Demandada la carga de demostrar por qué la alternativa propuesta no resultaría suficiente.

A. Equiparar el Artículo XI con la Defensa de Necesidad bajo el Derecho Internacional Consuetudinario Violaría el Objeto y Propósito del Artículo y del TBI entre Estados Unidos y Argentina.

68. Una de las principales razones por las que los estados celebran tratados bilaterales es evitar la aplicación de los principios generales de derecho internacional consuetudinario en sus relaciones recíprocas, cuando deciden que existen normas alternativas que satisfacen mejor sus intereses. Siempre y cuando dichos tratados no violen las normas *jus cogens*,⁸³ esta práctica es totalmente correcta, y así lo reconocen numerosos instrumentos jurídicos. Especialmente, el Artículo 55 de los Artículos sobre la Responsabilidad de los

Estados de la Comisión de Derecho Internacional acepta el principio de que *lex specialis derogat legi generali*. Literalmente, de acuerdo con el Artículo 55, “Estos artículos no resultan aplicables en la medida en que las condiciones para la existencia de un ilícito internacional o el contenido o implementación de la responsabilidad internacional de un Estado se rigen por normas especiales de derecho internacional”⁸⁴. En su memorial, las Demandantes reconocen directamente que el TBI Estados Unidos-Argentina es uno de esos regímenes de ley especial⁸⁵. Los comentarios de la ILC a este artículo señalan asimismo que “al definir las obligaciones primarias aplicables entre ellos, los Estados a menudo prevén especialmente las consecuencias jurídicas del incumplimiento de esas obligaciones, e incluso para determinar si ha existido tal incumplimiento”⁸⁶.

69. El Artículo XI del TBI Estados Unidos – Argentina justamente crea dichas normas del tipo *lex specialis*. El principal sentido de la defensa de necesidad es que está a disposición de los estados en virtud del derecho internacional consuetudinario *cuando el texto de un tratado en particular no admite fundamentos previamente convenidos para desviarse respecto de sus términos*. Consideremos los primeros antecedentes de la defensa de necesidad, como por ejemplo el Conflicto Anglo-Portugués de 1832. Se dijo al gobierno británico que Portugal podía invocar necesidad para apropiarse de bienes británicos, con el siguiente fundamento:

[L]os Tratados entre este País y Portugal [no] son de naturaleza tan rígida e inflexible que no puedan modificarse en ninguna circunstancia, o que sus estipulaciones deban ser respetadas tan estrictamente como para privar al

⁸³ Ver CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, Art. 53 (que dispone que los tratados son inválidos si entran en conflicto con las normas *jus cogens*).

⁸⁴ Comisión de Derecho Internacional, Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales, Art. 55.

⁸⁵ Ver Sempra Energy International & Camuzzi International S.A., c. República Argentina, Memorial Consolidado de las Demandantes respecto de los Méritos, en ¶ 330.

⁸⁶ Comisión de Derecho Internacional, Comentarios a los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales, Art. 25, en ¶ 1.

Gobierno de Portugal del derecho de utilizar aquellos medios que resulten absoluta e indispensablemente necesarios para la seguridad, e incluso para la existencia misma del Estado”⁸⁷.

De ello se sigue que si un tratado dispone que las obligaciones previstas en el mismo queden sin efecto en caso de peligrar la seguridad o incluso la existencia de un estado, la defensa de necesidad es en sí misma innecesaria.

70. Por el contrario, si el Artículo XI no otorga a los gobiernos de Argentina y Estados Unidos más amplitud para salvaguardar sus intereses esenciales de seguridad que la defensa de necesidad prevista en el derecho internacional consuetudinario, ¿para qué deberían haberse molestado siquiera en negociar el artículo? El Artículo XI no hace referencia a la “necesidad” *per se*, ni tampoco a las normas de derecho internacional consuetudinario. Más aun, dada la importancia de la voluntad por parte del gobierno Argentino de apartarse de la Doctrina Calvo en el TBI, una doctrina que en sí misma se proclamó como *lex specialis*, cuesta creer que habría estado dispuesto simplemente a volver a las normas generales del derecho internacional consuetudinario en una cuestión tan delicada como las inversiones extranjeras.

71. Una interpretación mucho más natural del Artículo XI es que era intención de las partes contar con una cláusula de escape de las obligaciones del tratado en aquellos casos en que consideraran que sus intereses esenciales de seguridad se encontraban en peligro. Esta interpretación es totalmente coherente con el significado literal del texto, que se refiere a las “medidas necesarias para mantener el orden público ... o a la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”. Más abajo nos ocuparemos de la interpretación correcta de la expresión “necesarias para”. Pero si el objeto y propósito evidentes de esta cláusula son brindar dichas protecciones especiales, entonces ignorar el texto y la historia de la negociación de esta

⁸⁷ A.D. McNair (ed)., *International Law Opinions* (Cambridge, University Press, 1956), vol. II, p. 232, citado por la Comisión de Derecho Internacional, Comentarios a los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales, en Art 25, ¶ 5.

cláusula en favor de una doctrina preexistente de derecho internacional consuetudinario sería contrario a la norma más básica de interpretación de los tratados de la Convención de Viena⁸⁸. Más aun, ello vicia el valor del tratado para las partes firmantes y para cualquier otro estado que esté considerando negociar un TBI.

72. Como ya se adelantara, tanto Argentina como Estados Unidos previeron que deberían interpretar la expresión “necesarias para”, incluida en el Artículo XI, de acuerdo con su entendimiento de que dicho Artículo es *self-judging* dentro de los márgenes que impone la exigencia de buena fe. Desde este punto de vista, no resulta necesario que el tribunal determine precisamente qué medidas podrían o no haber sido “necesarias para” la protección del orden público de Argentina o el mantenimiento de sus intereses esenciales de seguridad. En realidad, sólo es necesario que el tribunal determine si el gobierno argentino llegó de buena fe a la conclusión de que las medidas adoptadas resultaban necesarias para esos fines.

B. Una Interpretación Objetiva de la Expresión “Necesarias para” Implica por lo Menos la Prueba de la Alternativa Menos Restrictiva

73. Por lo menos un tribunal ha señalado que en virtud de la doctrina de necesidad del derecho consuetudinario, un acto sólo está permitido si es el "único medio" para preservar al estado⁸⁹. De hecho, sin embargo, los comentarios al Artículo 25 incluidos en los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales ofrecen mayor amplitud, sugiriendo que la carga de la prueba corresponde a quien se opone a la medida “necesaria”, y no a quien la defiende.

⁸⁸ Ver Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Art. 31(1) (donde se dispone que: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”).

⁸⁹ Ver *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. Arb/01/8, Laudo del 12 de mayo de 2005.

74. De acuerdo a los comentarios de la ILC, “la invocación [de necesidad] queda exceptuada si existen otros medios (legítimos) disponibles, aun cuando resulten más costosos o menos convenientes”⁹⁰. Al interpretar este aspecto de la defensa de necesidad (la falta de otros medios disponibles), resulta entonces adecuado no preguntar solamente si existían otros medios a disposición, sino si existían otros medios *legítimos* a disposición de Argentina para prevenir un peligro grave e inminente.

75. ¿Pero cómo puede determinar un tribunal si existían esas otras alternativas legítimas? Ello exigirá cuando menos comparar las medidas elegidas por Argentina con otras formas de proteger los intereses esenciales de seguridad de ese país. Pero la carga de presentar esas alternativas debe corresponder a las Demandantes. Este proceso es análogo a la prueba de la "alternativa menos restrictiva" prevista en el derecho constitucional estadounidense, que permite al gobierno tanto federal como estadual adoptar medidas que afecten los derechos de la ciudadanía si ello es necesario para proteger un interés esencial del estado, pero sólo si esa es la alternativa menos restrictiva disponible⁹¹. Si quienes se oponen a la medida pueden identificar una alternativa menos restrictiva que la adoptada, un tribunal seguramente declarará la falta de validez de los medios utilizados, obligando al gobierno a buscar nuevas alternativas⁹².

76. Corresponde a las Demandantes la carga de demostrar que las medidas adoptadas por Argentina no eran necesarias para preservar al estado, porque existían opciones legítimas menos restrictivas que habrían cubierto las necesidades de seguridad y orden público del aquél. Las Demandantes no han

⁹⁰ Comisión de Derecho Internacional, Comentarios a los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales, Art. 25, en ¶ 15.

⁹¹ *Ver, por ej., Shelton v. Tucker*, 364 U.S. 479 (1960) (donde se señala: “aun cuando el propósito perseguido por el gobierno sea legítimo e importante, no es posible perseguirlo a través de medios que sofoquen las libertades personales fundamentales cuando el propósito pueda alcanzarse de manera menos restrictiva. La amplitud de las restricciones legislativas deberá considerarse a la luz de los medios menos drásticos para alcanzar el mismo propósito básico”).

⁹² Ver en general L. Tribe, *American Constitutional Law* § 16-6-16-8. (1978).

ofrecido ningún otro medio que se encontrara disponible para “preservar al estado” y hacer frente al colapso financiero, los disturbios y la inestabilidad institucional en Argentina⁹³.

C. El Peligro Existente en Argentina se Elevó a un Nivel Suficiente para Justificar la Defensa de Necesidad bajo el Derecho Internacional Consuetudinario

77. Los tribunales enfrentados a la defensa de necesidad han adoptado un enfoque más razonable para decidir si dicha defensa está justificada. Reconociendo que árbitros y jueces no deberían cuestionar los resultados específicos alcanzados por los órganos políticos, particularmente los jueces y árbitros internacionales llamados a analizar los resultados alcanzados por los órganos políticos de distintas naciones, dichos tribunales han realizado en cambio un cálculo del orden de magnitudes con respecto al nivel del peligro existente en una nación en particular. Este enfoque armoniza en un nivel profundo con la naturaleza colectiva de la defensa de necesidad, impidiendo que los tribunales micro-administren las decisiones de buena fe de un gobierno en nombre de sus habitantes.

78. Así, de acuerdo con los comentarios al Artículo 25 de los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados,

A diferencia de la situación de peligro ("*distress*") (Artículo 24), la necesidad no consiste en un peligro que amenace las vidas de las personas a cuyo cargo se encuentra un funcionario de gobierno, sino en un peligro grave que amenace los intereses esenciales del estado o de la comunidad internacional en general⁹⁴.

⁹³ Ver *Sempra Energy International & Camuzzi International S.A., c. República Argentina*, Memorial Consolidado de las Demandantes respecto de los Méritos.

⁹⁴ Comisión de Derecho Internacional, Comentarios a los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales, Art. 25, en ¶ 2.

Esta situación surge cuando “existe un conflicto irreconciliable entre un interés esencial por un lado y una obligación del Estado que invoca la necesidad por el otro”⁹⁵. En ese caso, las cuestiones a decidir son si (1) el interés alegado por el Estado que invoca la defensa de necesidad es de hecho un interés “esencial”; y (2) si ese interés se encuentra realmente en peligro.

79. En uno de los primeros ejemplos de práctica de estado, Rusia prohibió la caza de focas alegando la necesidad de impedir la extinción de las poblaciones de esta especie. En el conflicto que se generó a raíz de esa decisión, *Seal Fisheries off the Russian Coast*, Rusia ofreció negociar en fecha posterior con Gran Bretaña un acuerdo a más largo plazo⁹⁶. El Reino Unido aceptó este argumento en un intercambio de correspondencia, no obstante el hecho de que habían existido otros medios de evitar la caza irrestricta, por ejemplo, la cooperación de Rusia con Gran Bretaña desde un primer momento.

80. En el caso *French Company of Venezuela Rail Roads* (1905), el árbitro limitó estrictamente los daños, determinando que “no existe responsabilidad por parte del gobierno demandado. No es posible considerarlo responsable por las condiciones existentes en 1899, que dificultaron los negocios, paralizaron el comercio, y aniquilaron la producción agrícola; ni por el agotamiento y parálisis que siguieron; ni por la imposibilidad de hacer frente al pago de sus deudas... Se trató de desgracias inherentes al gobierno, a los negocios, y a la vida humana”⁹⁷.

81. En varios otros casos, los tribunales han admitido la validez de la defensa de necesidad, aun cuando la hayan rechazado respecto de los hechos del caso en particular. Dichos casos incluyeron situaciones en las que las dificultades económicas pusieron en peligro inminente al estado, y existían otras opciones

⁹⁵ Comisión de Derecho Internacional, Comentarios a los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales, Art. 25, en ¶ 1.

⁹⁶ Comisión de Derecho Internacional, Comentarios a los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales, Art. 25, en ¶ 6; ver también Michael F. Keiver, *The Pacific Salmon War: The Defence of Necessity Revisited*, 21 DALHOUSIE L.J. 408, 411 (1998).

⁹⁷ *French Company of Venezuela Railroads*, laudo, 10 UNRIAA 285, 353 (1905).

que podrían haber protegido al acreedor afectado. Por ejemplo, en el caso *Russian Indemnity* comentado más arriba, el Gobierno Otomano justificó la falta de pago de su deuda con Rusia alegando necesidad y, en las palabras de la Comisión de Derecho Internacional, el tribunal arbitral “aceptó dicha defensa en principio”⁹⁸. Aun así, el tribunal determinó que “la suma relativamente pequeña de seis millones de francos adeudada a los demandantes rusos [no] habría amenazado la existencia del Imperio Otomano”⁹⁹.

82. Este es precisamente un cálculo del orden de magnitudes. Cuestiones parecidas se presentaron en el caso *Société Commerciale de Belgique*, en el que Grecia adeudaba cierta suma a dos empresas belgas y sostuvo que “en razón de su situación presupuestaria y monetaria ... era materialmente imposible para el gobierno griego” efectuar el pago¹⁰⁰. El Tribunal Permanente de Arbitraje Internacional no podía considerar directamente la situación financiera de Grecia porque, “de acuerdo a las claras declaraciones efectuadas por las partes durante el proceso, la cuestión de la capacidad de pago de Grecia se halla fuera del alcance del procedimiento ante este Tribunal”¹⁰¹. Sin embargo, el Tribunal nuevamente aceptó el peligro financiero como justificación de la defensa de necesidad, señalando que, si tuviera la facultad de hacerlo, se inclinaría a declarar que la situación económica de Grecia constituía una legítima justificación para la falta de pago.

83. En palabras del PCIJ, “el Tribunal sólo podría efectuar dicha declaración después de verificar que la situación financiera alegada realmente existe, y después de determinar los efectos que sobre esa situación tendría la ejecución de los laudos”¹⁰². Claramente frustrado por el hecho de que dicho análisis se encontrara fuera de los términos de referencia del caso, el PCIJ señaló en su

⁹⁸ Comisión de Derecho Internacional, Comentarios a los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales, Art. 25, en ¶ 7.

⁹⁹ *Russian Indemnity Case*, UNRIAA., vol. XI, p. 431 (1912), en p. 443.

¹⁰⁰ *Société Commerciale de Belgique*, 1939, P.C.I.J., Serie A/B, No. 78, p. 160, 178.

¹⁰¹ Id.

decisión que el gobierno belga había admitido en sus presentaciones verbales ante el Tribunal que la situación económica podía justificar la defensa de necesidad. Específicamente, el representante belga aceptó que su país tendría que tener en cuenta “la capacidad de pago de Grecia”¹⁰³. Si el PCIJ *hubiera podido* considerar esta cuestión, no habría analizado los detalles de la negativa del gobierno griego a pagar, sino si las sumas en cuestión eran lo bastante importantes en relación con las reservas de ese gobierno.

84. En el caso de Argentina, un cálculo del orden de magnitudes se inclina a favor de la defensa de necesidad. Como ya señaláramos, tanto las sumas en juego como la situación general de colapso financiero ponían en peligro la existencia misma del estado. El gobierno enfrentó una situación de colapso económico, disturbios, huelgas y protestas, durante casi dos años.

VIII. EL TRATO DE ARGENTINA PARA CON SEMPRA Y CAMUZZI ES COHERENTE CON EL ARTÍCULO IV(3) DEL TRATADO BILATERAL DE INVERSIÓN

68. 85. Las acciones de Argentina durante esta crisis son plenamente coherentes con el Artículo IV(3) del tratado, que establece un trato igualitario para los nacionales y las sociedades extranjeras en caso de guerra o emergencia nacional. El artículo afirma: “A los nacionales o a las sociedades de una Parte cuyas inversiones sufran pérdidas en el territorio de la otra Parte con motivo de guerra o de otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, insurrección, disturbio civil o cualquier otro acontecimiento similar, la otra Parte les otorgará un trato no menos favorable que el trato más favorable que otorgue a sus propios nacionales o sociedades o a los nacionales o sociedades de terceros países, respecto de las medidas que adopte con relación a tales pérdidas.”¹⁰⁴ Al interpretar una disposición similar del Tratado Bilateral de Inversión entre el

¹⁰² Id., en 178.

¹⁰³ Id.

¹⁰⁴ Tratado entre Estados Unidos de América y la República Argentina sobre Promoción Recíproca y Protección de Inversiones, Artículo IV(3).

Reino Unido y Sri Lanka, el tribunal de Productos Agrícolas Asiáticos definió la responsabilidad del país receptor del capital como de acuerdo a la sociedad extranjera “trato no menos favorable que: (i) – aquel que el país receptor de capital le otorgue a sus propios nacionales y sociedades; o (ii) – aquel que le otorgue a los nacionales y las sociedades de un tercer estado.”¹⁰⁵

69. Como ya se ha mencionado más arriba, la crisis financiera en Argentina entre el año 2000 y el 2002 constituyó una emergencia nacional y así fue oficialmente declarada. El Artículo IV(3) anticipa que las sociedades del país receptor del capital y el país inversor podrían sufrir pérdidas en tales circunstancias, y que sólo se exige que el estado receptor del capital trate de modo equivalente a las sociedades extranjeras y a las locales en tales emergencias. Argentina hizo precisamente eso. Los diferimientos iniciales y voluntarios de los ajustes según el Producer Price Index afectaron a todas las licenciatarias del transporte de gas de la República.¹⁰⁶ El fin de la paridad cambiaria establecido por la Ley 25.561 del 6 de enero de 2002 fue aplicable en toda la economía Argentina, incluyendo tanto a las sociedades nacionales como a las extranjeras.¹⁰⁷ Las alteraciones de las obligaciones en los contratos del gobierno fueron aplicables a todos los “contratos firmados por la Administración Pública según leyes de derecho público, entre las cuales están incluidos los de obras y servicios públicos, cláusulas relativas a ajustes en dólares o en otras monedas extranjeras y cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países.”¹⁰⁸ No se hace diferenciación alguna entre sociedades extranjeras y nacionales, ni las leyes discriminan en modo alguno contra las sociedades extranjeras. Como tales, cumplen con la limitada obligación de Argentina de tratar a las sociedades

¹⁰⁵ Tribunal del Centro Internacional para Arreglo de Disputas sobre Inversión: Laudo Definitivo en *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) vs. República de Sri Lanka* (Interpretación del Tratado Bilateral de Inversiones; Responsabilidad del Estado; Responsabilidad de Compensación) 21 de junio de 1990, ¶ 66.

¹⁰⁶ Ver, *por ejemplo*, Documento del Acuerdo entre la Agencia de Transporte de Gas Natural y los Representantes de las Licenciatarias del Transporte del Gas Natural y del Servicio de Distribución, 6 de enero de 2000.

¹⁰⁷ Ley 25.561 en Título III.

¹⁰⁸ Ley 25.561 en Art 8.

extranjeras de un modo igualitario al modo en que trata a las sociedades locales en momentos de emergencia nacional.

IX. CONCLUSIÓN

70. En verdad, aun cuando la cláusula de seguridad esencial no fuera de carácter *self-judging*, un tribunal podría fácilmente decidir que las medidas tomadas por Argentina fueron necesarias para proteger sus intereses de seguridad nacional. No se trata de una crisis común de deuda. Sin embargo, como están las cosas, Argentina y los Estados Unidos negociaron y suscribieron un TBI que permitía a las partes tomar medidas que de otra manera serían incongruentes con sus obligaciones en virtud del tratado si consideraran necesario proteger sus intereses de seguridad nacional. Ambas partes comprendieron la importancia de dicha cláusula. Estados Unidos en particular entendió que estaba comprando flexibilidad política como importador de capital a riesgo de menores protecciones para sus inversores en su rol de exportar de capital.
71. Con el tiempo Estados Unidos se ha pronunciado a favor de explicitar su interpretación de la cláusula de seguridad esencial como *self-judging*, dejando en claro que esta cláusula está limitada sólo por el requisito de buena fe pero insistiendo al mismo tiempo en la arbitrabilidad de dicho requisito. Sin embargo, en todas estas declaraciones subsiguientes, Estados Unidos tiene cuidado en insistir que está explicitando una posición que ha sido implícita por lo menos desde 1992 y probablemente desde 1986. Este punto de vista está precisamente de acuerdo con su propia descripción del Modelo de TBI de 1992.
72. Tanto estados Unidos como Argentina actuaron para proteger los intereses de los inversores en la mayor medida coherente con su necesidad, como naciones soberanas, de proteger los intereses de sus habitantes y la existencia del estado. La naturaleza *self-judging* del Artículo XI es totalmente coherente con este deseo, y con el objetivo político subyacente de alentar la inversión extranjera, ofreciendo protecciones y aclarando las expectativas de los inversores.

73. Este Tribunal tiene la posibilidad de interpretar el Tratado Estados Unidos – Argentina de manera coherente con sus términos, contexto, objetivo y propósito, la historia de su negociación, y las circunstancias que rodearon su firma, añadiendo al mismo tiempo sustancia a la exigencia de buena fe. El resultado será dar un paso importante hacia un régimen de protección de las inversiones que aliente a los estados receptores a considerar sus obligaciones en virtud de los distintos tratados en los procedimientos de toma de decisiones, incluso en épocas de crisis. Los tribunales deben interpretar y aplicar estas obligaciones, pero en el contexto de determinar si un estado ha actuado o no de buena fe al tratar de conciliar sus distintos intereses políticos dentro de un marco jurídico determinado.
74. Hoy los gobiernos enfrentan un mundo cada vez más inseguro, con graves amenazas para sus ciudadanos, que van desde epidemias a crisis financieras globales y terrorismo. Si se les exige enumerar con precisión cuándo y cómo podrán ejercer sus poderes soberanos tradicionales ante dichas amenazas, implementarán rápidamente un régimen más explícito pero también más restrictivo para lograr un equilibrio entre esas necesidades y las necesidades de los inversores. Es probable que el resultado disminuya la confianza de los inversores y por lo tanto el flujo de inversiones extranjeras. Un enfoque mucho mejor es tener un sistema de criterios claros para la invocación de medidas extraordinarias y sólidas normas de buena fe al aplicar dichos criterios, con sujeción a posterior revisión externa. Este tribunal tiene la posibilidad de dar un paso importante hacia ese régimen, de manera coherente tanto con la letra como con el espíritu del tratado entre Estados Unidos y Argentina.

Declaramos so pena de perjurio que lo anterior es verdadero y correcto.
Firmado el 19 de julio de 2005 en Tuoro sul Trasimeno, Italia.