

EL ESTADO DE NECESIDAD EN MATERIA ECONÓMICA Y FINANCIERA

José Manuel CORTÉS MARTÍN

“(…) Es evidente que no todos los sacrificios pueden imponerse a la población de un país a fin de salvaguardar una política determinada que garantizaría el pleno respeto de las obligaciones internacionales en el ámbito financiero para que se considere justificado su incumplimiento por ser necesario en el marco de este TBI. El estándar de razonabilidad y proporcionalidad no exige tanto”

**CIADI, asunto *Continental Casualty Company / Argentina*
Laudo arbitral de 3 de septiembre de 2008, n° ARB/03/9, apdo. 227**

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA CODIFICACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD. II. EL ESTADO DE NECESIDAD FRENTE A LA CRISIS FINANCIERA ARGENTINA. 3.1. La doctrina arbitral sobre el estado de necesidad en el marco del Derecho internacional general. 3.1.1. Único modo disponible para salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente. 3.1.2. Contribución del Estado a la situación de necesidad. 3.2. La doctrina de la necesidad en el marco de las cláusulas de emergencia de los tratados de inversiones. 3.3. Normas secundarias *versus* normas primarias: Las relaciones entre la cláusula convencional de emergencia y el estado de necesidad consuetudinario. 3.4. Las consecuencias de la invocación del estado de necesidad. IV. ¿UN PROBLEMA DE FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL? V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Dada la actual coyuntura de crisis económica, tal vez no estaría de más retomar el estudio del estatuto jurídico del estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud para tratar de averiguar en que medida y bajo que condiciones podría justificar el incumplimiento por parte de un Estado de sus obligaciones financieras internacionales. Se trata de una cuestión controvertida por la dudosa reputación de la que ha gozado tradicionalmente la institución del estado de necesidad en Derecho internacional¹ debido a las conexiones que tuvo en el pasado

1. En este sentido, BARBOZA, J., “Necessity –revisited– in International Law”, en MAKARCZYK, J. (ed.), *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, Nijhoff, The Hague, 1984, pp. 27-43 (27).

con el concepto de autoprotección y la teoría de los Derechos fundamentales del Estado, que dieron lugar a muchos abusos² y que hoy han sido abandonadas por su incompatibilidad con el Derecho internacional contemporáneo³.

En efecto, en el pasado reciente esta excusa fue utilizada para tratar de amparar supuestos de agresión, anexión u ocupación militar. Puede recordarse en este sentido las medidas coercitivas que fueron empleadas contra Venezuela a principios del s. XX por los Estados acreedores, cuyo rechazo llevó al por entonces Ministro argentino de Asuntos Exteriores, Luis María Drago, a impulsar la doctrina según la cual las deudas de un Estado soberano no deberían poder ser exigidas mediante el recurso a la fuerza armada, opinión que reiteró en la Segunda Conferencia Internacional de Paz de La Haya en 1907 y que posteriormente llevó a Estados Unidos a proponer la conclusión de un nuevo convenio, conocido por todos como Drago-Porter, prohibiendo el recurso a la fuerza para el cobro de las deudas contractuales, a menos que el Estado deudor no aceptara someterse al arbitraje o rechazara acatar la sentencia arbitral⁴. A partir de entonces, los compromisos financieros representan uno de los ámbitos en los que la excusa de la necesidad parece haber sido más fácilmente aceptada. En este sentido, en sus respuestas a la solicitud de información formulada por el Comité preparatorio de la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, auspiciada por la Sociedad de Naciones y celebrada en La Haya en 1930, varios gobiernos sostuvieron que la respuesta a esta cuestión dependía de las circunstancias particulares de cada caso, aunque coincidieron en que un país no debería privar a su población de los servicios públicos esenciales a fin de cumplir con sus compromisos financieros internacionales⁵, haciendo expresa

2. Un caso clásico de ese abuso fue la ocupación de Luxemburgo y Bélgica por Alemania en 1914, que Alemania trató de justificar por un estado de necesidad, *Annuaire CDI*, vol. II, 2ª parte (2001), p. 201, nota a pie 398.

3. Según Roberto AGO, esta idea tuvo su origen en el s. XIX, época en que existía la concepción de la existencia de ciertos derechos fundamentales de los Estados, que se definían como derecho a la existencia y a la autoconservación, y que para muchos autores de la época constituía un derecho fundamental de todo Estado que prevalecía sobre los derechos de otros, vid. *Additif au huitième rapport sur la responsabilité des États*, A/CN.4/318/Add.7, *Annuaire CDI*, vol. II, primera parte (1980), p. 16; y los autores allí citados. A pesar de que esta concepción se encuentra hoy completamente abandonada, la jurisprudencia posterior parece mantener –como veremos más adelante– un vínculo de conexión entre la necesidad y el derecho de autoconservación.

4. Convenio de La Haya nº II relativo a la limitación del empleo de la fuerza para el cobro de las deudas contractuales, firmado el 18 de octubre de 1907. Sobre el tema puede verse, entre otros, BENEDEK, W., “Drago-Porter Convention (1907)”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.

5. SDN, Conférence pour la codification du droit international, Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III: *Responsabilité des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (C.75.M.69.1929.V), p. 93. En

referencia al estado de necesidad⁶. Sobre la base de estas respuestas, el informe del Comité preparatorio de esta conferencia de codificación propuso que la responsabilidad del Estado fuera excluida en caso de necesidad económica⁷. De estas escasas referencias⁸ y algunos fallos jurisdiccionales⁹ podría deducirse una cierta acep-

la solicitud de información sometida a los Estados por el Comité preparatorio se preguntaba si un Estado comprometía su responsabilidad internacional si a través de un acto del poder legislativo (apdo. III, 4) o del poder ejecutivo (apdo. V, 1, b), repudiaba una deuda contraída en el exterior.

6. En una época donde el estado de necesidad se confundía aún con la fuerza mayor, el Gobierno de Sudáfrica respondió a este cuestionario de la siguiente forma: “(...) *Si, par suite de circonstances défavorables échappant à son contrôle, un Etat se trouve effectivement dans une situation telle qu’il ne peut pas faire face à tous ses engagements et à toutes ses obligations, il se trouve virtuellement en détresse. Il devra alors ranger par ordre d’importance ses obligations et se préoccuper tout d’abord de celles qui présentent un intérêt plus essentiel. Un Etat ne saurait, par exemple, fermer ses écoles, ses universités et ses tribunaux, supprimer sa police et négliger ses services publics au point d’exposer sa population au désordre et à l’anarchie, simplement en vue de disposer des fonds nécessaires pour faire face à ses obligations vis-à-vis de ses prêteurs étrangers ou nationaux. De même que pour un particulier, il existe pour un Etat des limites à ce qu’on peut raisonnablement attendre de lui. Si, dans un cas de ce genre, les effets de la mauvaise fortune sont équitablement répartis entre les nationaux et les étrangers, sans que ces derniers fassent spécialement l’objet d’un traitement défavorable, on ne peut raisonnablement se plaindre*”, vid. Force majeure et cas fortuit en tant que circonstances excluant l’illicéité: Pratique des Etats, jurisprudence internationale et doctrine, Etude établie par le Secrétariat, doc. A/CN.4/315, *Annuaire de la CDI*, vol. II, 1ª parte (1978), p. 80, apdo. 64. Y una posición análoga fue adoptada por el Gobierno austriaco, el cual señaló que la doctrina del Derecho de gentes no parece calificar como violación de las obligaciones internacionales de un Estado la repudiación si repudia el pago de sus deudas más que si actúa de forma arbitraria. Por el contrario, en opinión de este país, dicha doctrina no reconoce a los estados cuyos ciudadanos han sido lesionados por la repudiación el derecho a intervenir en interés de sus súbditos si la repudiación no ha sido arbitraria sino dictada debido a una fuerza mayor, *Ibid.*, p. 81.

7. “A State incurs responsibility if, without repudiating a debt, it suspends or modifies the service, in whole or in part, by a legislative act, unless it is driven to this course by financial necessity”, Cfr. Bases of discussion n° 4, *Annuaire CDI*, vol. II (1956), p. 223.

8. Las dificultades financieras fueron también evocadas en el asunto de los bosques de Rhodope Central, en el que Bulgaria había incumplido el pago de una reparación a Grecia a la que se encontraba obligada en virtud de la Sentencia arbitral de 29 de marzo de 1933, *affaire des forêts du Rhodope central* (Grecia / Bulgaria), *RSA* vol. III, pp. 1389-1436. El Gobierno griego planteó el asunto ante el Consejo de la Sociedad de Naciones, en cuyo seno Bulgaria alegó encontrarse en una situación de necesidad debido a las graves consecuencias financieras que ocasionaría a su economía si cumplía con esta obligación. Sin embargo, no repudió el pago, sino que propuso hacerlo en especie a través de un calendario alternativo al previsto en la Sentencia arbitral. Ambos gobiernos reconocieron claramente que una situación de necesidad debida a graves dificultades financieras podía justificar no tanto la repudiación de la deuda internacional, sino el recurso a medios de ejecución distintos a los previstos en la obligación primigenia y más acordes con la capacidad financiera del deudor.

9. Aunque no son muy numerosos, hay algunos precedentes en los que la excusa del estado de necesidad en materia económica y financiera se alegó para justificar el incumplimiento de alguna obligación internacional. Por ejemplo, en el asunto arbitral *Indemnización rusa* (Rusia / Turquía),

tación del estado de necesidad en materia económica y financiera, aunque llama poderosamente la atención que el Derecho internacional y la excusa del estado de

Sentencia arbitral de 11 de noviembre de 1913, *UNRIAA*, vol. XI (1912), pp. 405 y ss.; el Gobierno otomano trató de justificar su tardanza en el pago de una deuda contraída con Rusia alegando encontrarse en una situación financiera sumamente difícil, que parecía tener las características de un estado de necesidad. El Tribunal de arbitraje señaló: “El Derecho internacional debe adaptarse a las necesidades políticas. El Gobierno Imperial ruso admite expresamente (...) que la obligación que tiene un Estado de ejecutar los tratados puede debilitarse si la existencia misma del Estado pelagra, si el cumplimiento de la obligación internacional es (...) autodestructiva (para el Estado)”. Aunque, el Tribunal añadió a continuación: “Sería manifiestamente exagerado admitir que el pago (o la contratación de un empréstito) de una suma relativamente menor de cerca de 6 millones de francos debida a los reclamantes rusos habría podido poner en peligro la existencia del imperio otomano o comprometido gravemente su situación interna o externa”, *ibid.*, p. 431. Por lo tanto, aunque el Tribunal admitió que una crisis financiera podría ampararse en la necesidad, rechazó su aplicación a las circunstancias particulares de este asunto. En los asuntos de los empréstitos serbios y brasileños, CPJI, Sentencias de 12 de julio de 1929, PCIJ (1929), Serie A, nº 20/21, p. 21; los Estados deudores señalaron que las dificultades económicas provocadas por la 1ª Guerra Mundial les impedía cumplir las obligaciones financieras internacionales contraídas con Francia y que esta conducta podía ampararse en la excusa de la fuerza mayor. Se trata de una época en la que las diferentes excusas no estaban suficientemente delimitadas y era común mezclarlas, por lo que puede considerarse que lo que realmente estaban alegando era un supuesto de estado de necesidad. No obstante, la CPJI determinó que un mero incremento de la carga que recaía sobre los Estados deudores, circunstancia que fue anticipada en el momento de concluir el acuerdo, no excusaba el incumplimiento de los préstamos, afirmando expresamente: “(...) La conmociones económicas provocadas por la guerra no liberan al Estado deudor de sus obligaciones, aunque puedan comportar consideraciones de equidad que, sin duda, las partes deben examinar”. En el asunto *Sociedad Comercial de Bélgica*, 1939, CPJI, Series A/B, nº 78, p. 160, el Gobierno griego debía abonar una suma de dinero a una sociedad belga en virtud de dos laudos arbitrales. Bélgica pidió a la CPJI que declarara que al negarse a ejecutar estos laudos, el Gobierno griego había violado sus obligaciones internacionales, mientras que el Gobierno griego adujo la grave situación presupuestaria y monetaria que atravesaba. La CPJI observó que no entraba en su mandato declarar si el Gobierno griego tenía justificación para no ejecutar los laudos, aunque aceptó implícitamente el principio básico, sobre el que ambas partes estaban de acuerdo. En el asunto *CIJ, Empréstitos noruegos* (Francia / Noruega), Sentencia de 6 de julio de 1957, *CIJ Rec.* 1957, p. 9; Francia ejercía la protección diplomática algunos de sus nacionales, los cuales habían contraído con anterioridad a la 1ª Guerra Mundial una serie de empréstitos con el Gobierno noruego que contenían una cláusula de pago en oro. Sin embargo, en 1923 Noruega derogó unilateralmente esta cláusula para el pago de los bonos debidos a los acreedores franceses, aunque no así para los suecos y daneses, con lo que Francia alegó que esta derogación era contraria al Derecho internacional. No obstante, la CIJ afirmó la ausencia de jurisdicción en este asunto. El primer asunto en el que realmente se aplicó la excusa del estado de necesidad para justificar la comisión de un hecho ilícito internacional parece que fue el fallo arbitral de 31 de julio de 1905 dictado por la Comisión Mixta de Reclamaciones Francia / Venezuela en el asunto *Compañía General del Orinoco*, *UNRIAA*, vol. X (1902), pp. 285 y ss. 285-355 (353), en el que Venezuela invocó el estado de necesidad para revocar unas concesiones realizadas a algunas compañías francesas a fin de evitar entrar en guerra con Colombia. El árbitro consideró que el comportamiento de Venezuela era legítimo porque no podía esperarse que este país corriera el riesgo de entrar en guerra si hacía frente a la obligación internacional que le incumbía.

necesidad como causa de exclusión de la ilicitud ha desempeñado, a decir verdad, un papel podríamos decir que marginal en la gestión de las crisis financieras. La atención de esta disciplina se centró más bien en la gestión de la deuda externa y las prácticas seguidas por las instituciones financieras internacionales y su posible contribución al acaecimiento de estas crisis¹⁰. Aparte de algunos precedentes más o menos aislados, lo cierto es que la práctica estatal ha mostrado hasta ahora una extraña ausencia de litigiosidad en esta materia, siendo muy escasas las decisiones jurisdiccionales o arbitrales sobre el tema, lo cual puede deberse a razones de tipo económico¹¹, al estado de incerteza del Derecho internacional en este ámbito debido a las dificultades para solucionar jurídicamente los problemas que se plantean¹² o, finalmente, a la posible percepción de que el deber de cooperar implicaría la obligación de prestar asistencia a los Estados más desfavorecidos, lo cual podría entrañar un deber de renegociar las deudas internacionales en caso de dificultades¹³. Sea como fuere, lo cierto es que de forma general los Estados acreedores han preferido hasta ahora abordar estos problemas por vía de negociación en el marco de los procedimientos de reestructuración establecidos de manera informal en los Clubes de París o Londres, hasta el punto de que algún autor ha afirmado que esta escasa litigiosidad demostraría que tanto países acreedores como deudores poseerían una *opinio iuris* muy reducida respecto al ámbito de aplicación del

10. Los aspectos jurídico internacionales de la deuda externa ha dado lugar a una amplia literatura. Pueden verse, entre otros, los trabajos reunidos en la obra de CARREAU, D. y SHAW, M., *La dette extérieure / The external debt*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1995; así como PELÁEZ MARÓN, J. M. (coord.), *Globalización, deuda externa y exigencias de justicia social*, Akal, Madrid, 2003; *Id.*, “Deuda externa y principios de Derecho Internacional Público”, en Pérez González, M. (coord.): *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: Estudios en homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 529-544. Entre los trabajos de los economistas, entre otros, LEVINSON, J. I., “A Perspective on the Debt Crisis”, *American University Journal of International Law*, vol. 4 (1989), pp. 489 y ss.; STIGLITZ, J., *El Malestar en la globalización*, 2.ª ed., Taurus, Madrid, 2004.

11. En este sentido, MEETARBHAN, M. J., “Vers un droit international de la dette extérieure?”, en CARREAU, D. y SHAW, M., *La dette extérieure / The external debt*, *op. cit.*, pp. 485-534 (509), afirma que los acreedores no desean empujar al Estado deudor hacia la quiebra absoluta debido a que afectaría a sus propia reputación, a sus relaciones con otros acreedores, al perjuicio que pueden crear hacia las relaciones futuras con el propio deudor y otros países en desarrollo y, sobre todo, al hecho de que todo recurso corre el riesgo de presentar un mero interés académico por las dificultades para que pueda ejecutarse. Por todas estas razones, este autor considera que los acreedores prefieren renegociar sus deudas a través de los foros informales establecidos al efecto como los Clubes de París o Londres.

12. REINISCH, A., “Debt Restructuring and State Responsibility Issues”, en CARREAU, D. y SHAW, M., *La dette extérieure / The external debt*, *op. cit.*, pp. 537-605 (542).

13. En este sentido, BOTHE, M. y BRINK, J., “Public Debt Restructuring: The Case for International Economic Cooperation”, *German Yearbook of International Law*, vol. 29 (1986), pp. 86-110 (107); REINISCH, A., “Debt Restructuring and State Responsibility Issues”, *op. cit.*, p. 549.

estado de necesidad a estas cuestiones, existiendo más bien la conciencia de que estos problemas deben solucionarse por vía de negociación en lugar de recurrir a la vía contenciosa¹⁴. Se trata de una compleja cuestión que se mezcla, además, con el debate interminable sobre la repudiación de la deuda externa¹⁵ y que no puede aislarse de otras preocupaciones internacionales al encontrarse muy relacionada con los problemas del desarrollo, la estabilidad política de los países deudores, las preocupaciones medioambientales, entre otras¹⁶.

Recientemente, sin embargo, la excusa de la necesidad ha puesto de relieve todo su potencial jurídico a raíz de la crisis financiera que padeció Argentina entre finales de los años noventa y principios del nuevo milenio¹⁷, haciendo aflorar toda una serie de cuestiones que de una u otra forma afectan a la autonomía de un país para mitigar los efectos de una crisis económica sobre su población. En realidad, podría pensarse que este protagonismo del estado de necesidad, obviado durante muchos años, tendería a manifestarse más tarde o más temprano debido a la amplia red de Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) que han sido firmados entre los distintos países, en particular, después de la Segunda Guerra Mundial; que garantizan a los inversores extranjeros el derecho a desafiar las normas estatales que violan estos acuerdos ante una serie de instancias arbitrales¹⁸. La aparente seguridad jurídica, estabilidad y previsibilidad que proporcionan estos foros de solución de controversias internacionales en materia de inversiones internacionales ha provocado que la excusa del estado de necesidad en materia económica y financiera se haya planteado en tiempos recientes de forma mucho más recurrente de lo que lo había sido hasta ahora.

14. REINISCH, A., “Debt Restructuring and State Responsibility Issues”, *op. cit.*, p. 577.

15. Vid., entre otros, FISCHER-LESCANO, A., “Deudas odiosas y el Derecho mundial”, *Revisita Direito*, vol. 1 (2005), nº 1, pp. 23-40; VASQUEZ, R. T., “A proposed Theory of Repudiation of Debts in International Law”, *Philippine Law Journal*, vol. 61 (1986), 302-348.

16. REINISCH, A., “Debt Reestructuring and State Responsibility Issues”, *op. cit.*, p. 538.

17. Desafortunadamente, no es la primera vez que Argentina atraviesa dificultades con sus obligaciones financieras internacionales, vid., de forma general, MARICHAL, C., *A Century of Debt Crises in Latin America: From Independence to the Great Depression, 1820-1930*, Princeton University Press, Princeton, 1989; OLIVERI, E., *Latin American Debt and the Politics of International Finance*, Praeger, Westport, Conn, 1992, pp. 163-203. No es por ello, casual que algunos juristas y diplomáticos de este país, en particular Carlos CALVO, hayan tratado de influir el contenido de este sector del Derecho internacional con objeto de reducir al máximo la capacidad de los acreedores extranjeros.

18. Alrededor de tres mil acuerdos bilaterales y regionales de inversiones fueron concluidos hasta el año 2009. La evolución puede seguirse en los informes que cada año realiza la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo, *Recent Developments in International Investment Agreements*, IIA Monitor nº 3, International Investment Agreements.

Así ha ocurrido en el contexto de la crisis argentina y las medidas que este país implementó para paliar la situación que sufría. Un gran número de inversores extranjeros concesionarios de servicios públicos en este país vienen planteando en los últimos años solicitudes de solución de controversias ante los tribunales arbitrales del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones (CIADI), alegando que estas medidas supusieron una violación del trato equitativo y una auténtica expropiación de sus derechos en contravención de los tratados bilaterales de inversiones suscritos con varios países, en particular, con Estados Unidos¹⁹. Por su parte, Argentina ha tratado de justificar la violación de estos tratados recurriendo a la excusa del estado de necesidad que, en su opinión, padecía por la gravedad de la crisis financiera que azotó su economía. Hasta el presente, la mayoría de estos laudos arbitrales han fallado contra Argentina, otorgando importantes indemnizaciones a los inversores extranjeros²⁰, aunque aún quedan muchos asuntos pendientes de resolución arbitral definitiva²¹.

19. A partir del año 2002, el número de asuntos arbitrales planteados en el marco de los tratados bilaterales de inversiones creció exponencialmente, habiéndose mantenido esta tendencia en años posteriores, confirmando que no se trata de un fenómeno excepcional sino de algo consustancial al importante número de acuerdos concluidos en materia de inversiones. Con todo, el número exacto de asuntos es difícil de conocer dado que el CIADI es la única entidad que mantiene un registro público de solicitudes de arbitraje. Un breve análisis de la evolución de estas controversias puede verse en los informes que cada año realiza la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, IIA MONITOR n° 1 (2009), doc. UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2009/6/Rev1.

20. Aparte de las importantes implicaciones jurídicas de estos Laudos, las económicas no son nada despreciables. En este sentido, cinco laudos fallados contra Argentina en 2007 por tribunales arbitrales constituidos en el marco del CIADI condenaron a este país a pagar una indemnización total de 1,838 billones de dólares. Además, estos tribunales han acordado a los inversores extranjeros un total de 615 millones de dólares en concepto de compensación, aproximadamente un 33% de la cantidad solicitada, vid. UNCTAD, *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, UNCTAD Doc. UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2008/3 IIA MONITOR n° 1-2 (2008), p. 10.

21. A octubre de 2009, encontramos los siguientes asuntos pendientes de resolución arbitral definitiva: *AES Corporation / Argentina*, n° ARB/02/17, registrado el 19 de diciembre de 2002; *Camuzzi International S.A. / Argentina*, n° ARB/03/2, registrado el 27 de febrero de 2003; *Camuzzi International S.A. / Argentina*, n° ARB/03/7, registrado el 23 de abril de 2003; *Gas Natural SDG, S.A. / Argentina*, n° ARB/03/10, registrado el 29 de mayo de 2003; *Pioneer Natural Resources Company, Pioneer Natural Resources (Argentina) S.A. and Pioneer Natural Resources (Tierra del Fuego) S.A. / Argentina*, n° ARB/03/12, registrado el 5 de junio de 2003; *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company / Argentina*, n° ARB/03/13, registrado el 6 de junio de 2003; *El Paso Energy International Company / Argentina*, n° ARB/03/15, registrado el 12 de junio de 2003; *Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. / Argentina*, n° ARB/03/17, registrado el 17 de julio de 2003; *Aguas Cordobesas, S.A., Suez, So-*

Por otra parte, la enorme proliferación de estos acuerdos y el gran número de arbitrajes internacionales que están suscitando, con importantes contradicciones entre ellos, ha hecho emerger un tema aún más fundamental que tiene que ver con la fragmentación del Derecho internacional y la multiplicación de jurisdicciones internacionales. Se trata de las posibles relaciones entre la protección sustantiva que ofrecen las cláusulas de estos tratados bilaterales de promoción de inversiones y el Derecho internacional general, cuestión que encierra a su vez dos aspectos diferentes, aunque relacionados. En primer lugar, en qué medida estos tribunales en el marco de una controversia pueden o deben referirse al Derecho internacional general en la interpretación del Tratado; y, en segundo lugar, en qué medida la elaboración de estos tratados contribuye al desarrollo del Derecho internacional general. Las limitaciones de este trabajo no nos permiten abordar con la atención que merecería todos los intrincados problemas planteados. En realidad, nuestro propósito es mucho más humilde, limitándonos en las páginas que siguen a analizar el tratamiento que estos tribunales arbitrales han realizado de la excusa de la necesidad tanto en el marco del Derecho internacional general como de las cláusulas de emergencia de los tratados bilaterales de inversiones. Con este objetivo, recordaremos en primer lugar el proceso de codificación del estado de necesidad en el proyecto de artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado. Repasaremos a continuación los principales avatares de la crisis sufrida por Argentina entre finales de los años noventa y principios del nuevo milenio para explicar seguidamente la doctrina de la necesidad aplicada por los diferentes tribunales arbitrales, diferenciando

ciudad General de Aguas de Barcelona, S.A. / Argentina, n° ARB/03/18, registrado el 17 de julio de 2003; *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. / Argentina*, n° ARB/03/19, registrado el 17 de julio de 2003; *Telefónica S.A. / Argentina*, n° ARB/03/20, registrado el 21 de julio de 2003; *Enersis, S.A. y otros / Argentina*, n° ARB/03/21, registrado el 22 de julio de 2003; *Electricidad Argentina S.A. y EDF International S.A. / Argentina*, n° ARB/03/22, registrado el 12 de agosto de 2003; *EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. / Argentina*, n° ARB/03/23, registrado el 12 de agosto de 2003; *Unisys Corporation / Argentina*, n° ARB/03/27, registrado el 15 de octubre de 2003; *Azurix Corp. / Argentina*, n° ARB/03/30, registrado el 8 de diciembre de 2003; *Total S.A. / Argentina*, n° ARB/04/1, registrado el 22 de enero de 2004; *SAUR International / Argentina*, n° ARB/04/4, registrado el 27 de enero de 2004; *BP America Production Company y otros / Argentina*, n° ARB/04/8, registrado el 27 de febrero de 2004; *CIT Group Inc. / Argentina*, n° ARB/04/9, registrado el 27 de febrero de 2004; *Wintershall Aktiengesellschaft / Argentina*, n° ARB/04/14, registrado el 15 de julio de 2004; *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. / Argentina*, n° ARB/04/16, registrado el 5 de agosto de 2004; *France Telecom S.A. / Argentina*, n° ARB/04/18, registrado el 26 de agosto de 2004; *RGA Reinsurance Company / Argentina*, n° ARB/04/20, registrado el 11 de noviembre de 2004; *Daimler Chrysler Services AG / Argentina*, n° ARB/05/1, registrado el 14 de enero de 2005. Fuente: List of Pending Cases, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>.

entre la aplicación de la necesidad en el marco del Derecho internacional general y en el ámbito de las cláusulas de emergencia de los tratados de inversiones, abordando, asimismo, las posibles relaciones entre ambas excusas al hilo del análisis crítico de la sistemática seguida en estos fallos. Finalmente, las contradicciones entre estos laudos arbitrales imponen que dediquemos algunas palabras a los riesgos de fragmentación del Derecho internacional.

II. LA CODIFICACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD

Pese a las dudas que siempre han rodeado la noción del estado de necesidad, el Profesor Roberto AGO estimó ya desde 1962 que los artículos sobre la responsabilidad del Estado debían incluir una disposición que recogiera esta excusa²², actuando de forma coherente con la defensa de su naturaleza consuetudinaria que él mismo había realizado en el curso que impartió en la Academia de La Haya en 1939²³. Cuando se convirtió en Relator especial para el tema de la responsabilidad del Estado, tuvo la oportunidad de proponer esta disposición en el documentado Informe que presentó en 1980 a la CDI sobre las causas de exclusión de la ilicitud²⁴ y en el que realizó un triple análisis de la noción. Comenzó examinando si esta excusa tenía alguna relación con el Derecho natural, debido a que en el pasado algunos Estados se habían aprovechado de otros más débiles invocando una excusa general de Derecho natural sin hacer

22. Informe presentado por Roberto AGO, Presidente de la Subcomisión sobre la responsabilidad de los Estados, A/CN.4/157, *Annuaire CDI*, vol. II (1963), p. 237. Vid., igualmente los debates en el seno de esta Comisión en 1962, Sesión n° 633, celebrada el 1 de mayo de 1962, A/CN.4/145, *Annuaire CDI*, vol. I (1962), p. 32, apdo. 8. Previamente, GARCÍA AMADOR también había insertado una disposición sobre la necesidad en el proyecto de artículos después abandonado por la CDI, A/CN.4/134, *Annuaire CDI*, vol. II (1961), p. 50.

23. AGO, R., "Le délit international", *RCADI*, vol. 68 (1939-II), pp. 419-554 (540-545). Posiblemente, el Profesor AGO se inspiró en el curso general impartido en 1938 en la Academia de La Haya por el Profesor FRANÇOIS, J. P. A., "Règles générales du droit de la paix", *RCADI* (1938-IV), pp. 4 y ss.; autor que también defendió la existencia en el Derecho internacional positivo del estado de necesidad. Debe resaltarse la especial clarividencia de este último autor, puesto que ya en esa época predijo una serie de condiciones que coinciden básicamente con las exigidas hoy por el artículo 25 del Proyecto de la CDI. En este sentido, FRANÇOIS exigió para que pudiera acogerse esta excusa que el perjuicio que amenazara a un Estado debía ser de tal naturaleza que pusiera en peligro su propia existencia, que no tuviera otro medio para prevenir ese perjuicio y que no sacrificara intereses equivalentes de otro Estado. Además, el estado de necesidad no podría ser invocado si con ocasión de una regla internacional ya se había tenido en cuenta la situación anormal en la que podría encontrarse un Estado, poniendo como ejemplo el Derecho de la guerra.

24. Additif au huitième rapport sur la responsabilité des États, A/CN.4/318/Add.7, *Annuaire CDI*, vol. II (1980), primera parte.

referencia alguna a sus posibles restricciones, excepciones y límites. Tras rechazar todo vínculo con el Derecho natural, el Profesor AGO examinó si existía una regla consuetudinaria que consagrara el principio del estado de necesidad porque en este caso se trataría de una cuestión de Derecho positivo, cuestión a la que respondió de forma afirmativa²⁵. A continuación analizó si constituía un derecho subjetivo, alcanzando una conclusión negativa y declarándose firmemente opuesto a la existencia de un hipotético derecho de autoconservación²⁶. En su opinión era preferible hablar de “interés esencial”, noción que le parecía más conforme con la filosofía que subyacía en este principio; y más general, dado que podría abarcar todas las posibles hipótesis. No obstante, el Informe no proponía ninguna definición de lo que debía entenderse por interés esencial, aunque proporcionaba algunos ejemplos útiles como el peligro grave para la propia existencia del Estado, su supervivencia política o económica, el funcionamiento de sus servicios públicos esenciales, la salvaguarda del orden público interno o la protección del medio ambiente. Y pese a las dudas suscitadas por algunos miembros de la CDI²⁷, que mostraron ciertos temores ante la fragilidad de la noción debido a la confusión existente con otras figuras y, especialmente,

25. Sobre la existencia de una regla consuetudinaria relativa al estado de necesidad, el mérito del Informe del Profesor AGO fue demostrar que las divergencias de la doctrina eran menos profundas de lo que se suponía porque aunque había autores que adoptaban una posición negativa rechazando el principio, reconocían sin embargo que se aplicaba en ciertos ámbitos. Mientras que otros autores que aceptaban el principio, formulaban condiciones muy restrictivas a fin de impedir que se cometieran abusos. Entre unos y otros parecía existir un cierto acuerdo sobre la noción.

26. “Additif au huitième rapport sur la responsabilité des États”, doc. A/CN.4/318/Add.7, *Annuaire CDI*, vol. II, 1ª parte (1980), apdos. 7, 9 y 10.

27. Entre las dudas para aceptar esta excusa en materia económica, destaca la opinión de OUCHACOV, para quien sólo sería aceptable de forma general ante supuestos de extrema necesidad de excepcional urgencia y este no sería el caso cuando se trata de obligaciones financieras. En su opinión, estos supuestos deberían ser solucionados por las partes interesadas por vía de acuerdo teniendo en cuenta las circunstancias particulares, las cuales siempre podrán actuar como atenuantes pero no para excluir la ilicitud. Según este miembro de la CDI, si un país en desarrollo no puede reembolsar un préstamo siempre podrá acordar con el acreedor el alivio de la deuda, el retraso en el pago o su condonación, *Annuaire CDI*, vol. I, 1ª parte (1980), sesión 1614, p. 155, apdos. 34-35. También el profesor REUTER expresó algunas dudas sobre la verdadera naturaleza del proyecto de artículo, en el cual podía verse en su opinión bien una regla técnica, un principio general o un verdadero programa legislativo. En su opinión, la disposición hacía referencia a un principio general teniendo en cuenta que nociones como el interés esencial o el peligro grave e inminente son muy difíciles de apreciar. En su opinión, más necesarias serían reglas jurídicas particulares por grandes categorías como generadoras de reglas especiales en determinados ámbitos como lo mostraba claramente el supuesto de los problemas económicos y financieros. Si bien era comprensible que se deseara establecer una disposición general, su aplicación en la práctica sería, en su opinión, muy difícil, *Annuaire CDI*, vol. I, 1ª parte (1980), sesión 1614, p. 154, apdo. 26.

al alto grado de subjetividad de algunos de los parámetros propuestos, en particular, la comparación entre los intereses esenciales de los Estados, lo que podría abrir la puerta a injustificadas violaciones de obligaciones internacionales; lo cierto es que la gran mayoría apoyó sin demasiadas fisuras su inclusión en el proyecto de artículos, fundamentalmente porque se habían convencido de que la práctica estatal, expuesta de manera excelente en este Informe, reconocía el principio de la necesidad²⁸. Tampoco los Estados mostraron grandes reticencias en la Comisión Jurídica de la Asamblea General²⁹ por lo que la CDI retuvo el proyecto de artículo en la primera lectura finalizada en 1996³⁰, lo mantuvo en la segunda lectura³¹, y con leves matizaciones propuestas por el Relator especial James CRAWFORD³², pasó a ser el artículo 25 del proyecto final³³.

Con objeto de dotar esta figura de cierta seguridad jurídica y, especialmente, conjurar toda la dudosa herencia que le había acompañado en el pasado y evitar que se repitieran los abusos de los que había sido objeto, la CDI rodeó aquella figura de una serie de condiciones muy estrictas, entre las que cabe destacar:

- Que el comportamiento del Estado sea el único modo de que dispone para salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente;
- que ese comportamiento no afecte gravemente a un interés esencial del Estado o Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto;
- que la obligación internacional de que se trate no excluya la posibilidad de invocar el estado de necesidad; y, finalmente;

28. Los comentarios de los miembros de la CDI se encuentran en *Annuaire CDI*, vol. I, 1ª parte (1980), pp. 143-172, sesiones 1612 a 1618, celebradas entre el 20 y el 24 de junio de 1980.

29. Salvo los países comunistas, que emitieron duras críticas contra el proyecto de artículo, vid. *Annuaire CDI*, vol. II, 1ª parte (1981), p. 73; *Annuaire CDI*, 1982, vol. II, 1ª parte, p. 17; *Annuaire CDI*, vol. II, 1ª parte (1983), p. 1; referidas fundamentalmente a la imprecisión y el alto grado de subjetividad de los términos empleados en el proyecto de artículo, en particular, la gravedad del ataque a los intereses esenciales, la noción de interés esencial, que permitirían darle un alcance excesivamente amplio, vaciando de contenido la responsabilidad internacional del Estado.

30. Proyecto de artículo 33, *Annuaire CDI*, vol. II, 2ª parte (1996), p. 66.

31. *Annuaire CDI*, vol. II, 2ª parte (1999), p. 87, apdos. 380-391.

32. Segundo Informe del Relator especial James CRAWFORD, doc. A/CN.4/498/Add.2, de 30 de abril de 1999.

33. Artículo 25 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado por la CDI en su quincuagésimo tercer período de sesiones en 2001, Informe de la CDI – 53º período de sesiones (23 de abril a 1º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), doc. A/56/10, pp. 29-365, *Annuaire CDI*, vol. II, 2ª parte (2001), pp. 76 y ss. El estado de necesidad fue reconocido como causa de exclusión de la ilicitud frente al silencio enigmático de los Estados, vid. un amplio repaso de los debates de la Comisión Jurídica de la Asamblea General en GUTIÉRREZ ESPADA, C., “El estado de necesidad cabalga de nuevo”, *REDI*, vol. 56 (2004), nº 2, pp. 669 y ss.

- que el Estado que invoca el estado de necesidad no haya contribuido a que se produzca la situación de necesidad³⁴.

La CDI justificó aquel ejercicio de codificación, o tal vez de desarrollo progresivo, en una serie de precedentes en los que los tribunales internacionales habían reconocido de forma implícita o explícita la existencia de esta excusa, aunque rara vez sirvió para solventar algún asunto determinado³⁵. Y aunque algunos miembros de la CDI expresaron ciertas reservas en cuanto a la posibilidad de invocar el estado de necesidad para justificar la no ejecución de obligaciones internacionales de carácter financiero³⁶, la mayoría reconoció la importancia de esta excusa para el supuesto de la repudiación o suspensión del pago de deudas internacionales. En los comentarios del artículo que codifica el estado de necesidad, la CDI ilustra estas situaciones como aquellas en las que existe un grave peligro para la supervivencia política o económica de un Estado, el mantenimiento de las condiciones de funcionamiento de sus servicios públicos esenciales, la salvaguarda del orden público interno, la supervivencia de su población, la preservación del medio ambiente, la protección de todo o parte

34. Y aún más restrictiva ha sido la formulación de esta excusa en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales que la CDI examina en la actualidad, circunstancia que fue la que generó mayor debate, vid. Informe de la CDI, 61º período de sesiones (4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2008) doc. A/64/10, pp. 115 y ss.; artículo 24. En este caso, llama poderosamente la atención que las organizaciones internacionales sólo podrán salvaguardar intereses esenciales para la comunidad internacional en su conjunto cuando, además, la organización tenga la función de proteger ese interés en virtud del Derecho internacional. Ésta es la modificación sustancial que se ha realizado en este precepto en relación con el artículo 25 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, en el que se establece únicamente que sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente, lo que les permite salvaguardar intereses propios o de la comunidad internacional en su conjunto. En este sentido, GAJA, G., “La possibilité d’invoquer l’état de nécessité pour protéger les intérêts de la Communauté internationale”, en *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruylan, Bruselas, 2007, pp. 417-424; realiza una comparación entre el artículo 25 del proyecto de la CDI sobre la responsabilidad del Estado y la jurisprudencia reciente, alcanzando la conclusión de que la excusa de la necesidad podría ser alegada por los Estados para defender tanto intereses propios como de la comunidad internacional en su conjunto. Y lo mismo había defendido anteriormente SALMON, J., “Faut-il codifier l’état de nécessité en droit international?”, *op. cit.*, pp. 235-270. Por el contrario, las organizaciones internacionales no podrán alegar esta excusa para salvaguardar intereses propios, salvo que coincidan con los de la comunidad internacional en su conjunto, lo cual cierra la puerta a que puedan tratar de justificar en el estado de necesidad las dificultades financieras para hacer frente a sus obligaciones internacionales. Sobre el tema, puede verse ampliamente, CORTÉS MARTÍN, J. M., *Las organizaciones internacionales: codificación y desarrollo progresivo de su responsabilidad internacional*, IAAP, Premio Blas Infante de Investigación, Sevilla, 2008.

35. Vid. la jurisprudencia citada en la nota 9.

36. *Supra*, nota 27.

de su territorio, entre otras³⁷. Por consiguiente, la CDI reconoció la justificación de una acción u omisión cometida en estado de necesidad “*dans l'intention alléguée de sauver d'un danger grave et imminent l'existence même de l'État ou du moins certains de ses intérêts vitaux*”, mencionando como ejemplo de semejante acción estatal: “*éviter la banqueroute de l'État en différant le paiement d'une dette dudit État*”³⁸.

También la *International Law Association* se ha pronunciado a favor de considerar la posibilidad de excusar en el estado de necesidad el impago de obligaciones financieras por parte de un Estado si se dan determinadas circunstancias. Así, en su Resolución sobre Derecho monetario internacional, aprobada en 1988 en su sesión de Varsovia, que trata sobre la incapacidad del Estado deudor para hacer frente a sus obligaciones financieras internacionales³⁹; después de examinar la jurisprudencia estima que es posible que el Derecho internacional justifique el incumplimiento de una obligación internacional debido a las circunstancias económicas en las que puede encontrarse un Estado, añadiendo que: “*An integrated perspective of these rules may suggest that obligations of a State cannot generally be enforced if basic rights of the population would be affected. Such considerations could be supplemented by reference to modern recognition of human rights of the human person in particular*”⁴⁰. En un sentido similar, en su Conferencia de Río de Janeiro, celebrada en 2008, la *International Law Association* aprobó una Resolución sobre el Derecho internacional de las inversiones extranjeras, en la que reafirma que un Estado podría justificar en la doctrina de la necesidad el incumplimiento de sus obligaciones financieras internacionales, aunque reconoce al mismo tiempo que en la práctica los distintos elementos de esta excusa establecidos por la CDI son difíciles de satisfacer de forma cumulativa⁴¹. No obstante, añade que los tribunales podrían interpretar los requisitos del Derecho internacional consuetudinario de manera lo suficientemente flexible como para justificar las situaciones más graves⁴².

37. *Annuaire CDI*, vol. II, 2ª parte (1980), p. 35.

38. *Annuaire CDI*, vol. II, 2ª parte (1979), p. 136 y nota a pie 614.

39. International Law Association: *Report of the Sixty-third Conference held at Warsaw, August 21st to August 27th, 1988*, pp. 20-22, en www.ila-hq.org.

40. *Ibid.*

41. International Law Association, Rio de Janeiro Conference (2008), “International Law on Foreign Investment”, en www.ila-hq.org. Con todo, esta Resolución considera comprensible la rigidez de las condiciones de la invocación del estado de necesidad.

42. *Ibid.*

Puede recordarse, además, que con posterioridad al ejercicio de codificación desarrollado por la CDI, la práctica internacional ha avalado más o menos de forma general las condiciones establecidas en el artículo 25 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado. Destaca, en particular, lo afirmado por la CIJ en varios asuntos⁴³, en los que aceptó expresamente la naturaleza consuetudinaria de este principio tal como había sido codificado por la CDI. No obstante, su restrictiva redacción continúa haciendo bastante inusual su aplicación para excusar el incumplimiento de alguna obligación internacional.

A pesar de estas manifestaciones, no estaría de más recordar la prudencia que reclamaba el Profesor Prosper WEIL en su Curso general de la Academia de La Haya en la percepción de la *opinio iuris* para comprobar la emergencia de una costumbre. En realidad, este autor se refería al tratamiento otorgado al peligro extremo en el asunto arbitral *Rainbow Warrior*, al hilo del cual evocó:

43. Cuando en 1999 la CDI examinó en la segunda lectura del proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado la disposición relativa al estado de necesidad, la CIJ ya había dictado su fallo en el asunto *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungría / Eslovaquia), Sentencia de 25 de septiembre de 1997, CIJ Rec. 1997, p. 7. Sobre la enunciación de esta excusa en el proyecto de artículos de la CDI, la CIJ observó que ambas partes habían considerado el proyecto de artículo como una formulación adecuada, lo cual avaló plenamente al añadir: “La Corte considera (...) que el estado de necesidad es un fundamento reconocido por el Derecho internacional consuetudinario para excluir la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional. Observa además que dicho fundamento de exclusión de la ilicitud sólo puede aceptarse en casos excepcionales. Esas condiciones son un reflejo del Derecho internacional consuetudinario”, *ibid.*, p. 415. Y en su Dictamen consultivo sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados, de 9 de junio de 2004, *CIJ Rec. 2004*, p. 136; la Corte reiteró que el estado de necesidad constituía una causa reconocida por el Derecho internacional consuetudinario (apdo. 140), aunque entendió que no se daban los requisitos exigidos para su válida invocación. También admitió esta excusa el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en su Sentencia de 1 de julio de 1999 en el asunto *Saiga II* (San Vicente y las Granadinas / Guinea), apdos. 133 y ss., http://www.itlos.org/start2_en.html. Asimismo, el Tribunal Constitucional alemán ha confirmado recientemente que la necesidad está reconocida por el Derecho internacional consuetudinario, Sentencia de 8 de mayo de 2007 del Bundesverfassungsgericht, <http://www.bverfg.de>; vid. SZODRUCH, A., “Necessity and Beyond – The Legal Aftermath of the Argentine Financial Crisis before the German Federal Constitutional Court”, *German Yearbook of International Law*, vol. 50 (2007), pp. 523-542. Por el contrario, la Sentencia arbitral recaída en el asunto *Rainbow Warrior*, de 30 de abril de 1990, *RIAA*, vol. XX, pp. 217 y ss. (254), apdo. 78, parecía rechazar implícitamente que esta disposición codificara una regla consuetudinaria. En la Sentencia arbitral de 4 de marzo de 1991 en el asunto *Lybian Arab Foreign Investment Company (LAFYCO) / Burundi*, *ILR*, vol. 96, pp. 318 y ss.; el Tribunal obvió la cuestión, al señalar que no pretendía pronunciarse sobre la conveniencia de codificar normas sobre el estado de necesidad y la adecuación de las propuestas concretas de la CDI, que habían sido objeto de debate en la doctrina, *ibid.*, p. 319, apdo. 56. Estos últimos fallos arbitrales fueron, no obstante, anteriores a la conclusión de la codificación de la responsabilidad del Estado.

“(…) *une dénaturation de l’opinio iuris lorsqu’il s’agit d’accorder une valeur d’opinio juris aux travaux de la C.D.I.*”⁴⁴. No nos atreveríamos a afirmar si estas palabras serían acertadas respecto al estado de necesidad, aunque puede recordarse que la CIJ dictó el fallo en el asunto *Gabčíkovo-Nagymaros* antes de que concluyera el proceso de codificación y, a pesar de ello, otorgó valor consuetudinario a las condiciones expresadas en el artículo 25 del proyecto, por lo que no podrá negarse la auténtica sinergia que parece existir entre la CDI y la CIJ⁴⁵. Al margen de ello, lo cierto es que el hecho de que rara vez esta excusa haya sido aplicada realmente para solucionar alguna controversia, más allá de algunos *obiter dicta* enunciando su existencia, ha llevado a algunos autores a plantearse su verdadero estatuto jurídico como causa de exclusión de la ilicitud, dudando de su naturaleza consuetudinaria a pesar de las afirmaciones de la CIJ⁴⁶. Estos autores dudan que exista realmente una regla secundaria general y horizontal⁴⁷, considerando más bien que cuando la práctica en un ámbito preciso acoge la necesidad, contribuye a la creación de una excepción precisa, una regla primaria que no abarcaría más que ese ámbito concreto. En otros términos, el estado de necesidad no podría constituir más que una especie de arquetipo, que inspiraría materialmente la evolución de las reglas primarias y permitiría introducir excepciones o derogaciones a estas reglas pero nunca podría llegar a ser una regla general autónoma, al menos, con la actual estructura de la comunidad internacional en la que no existiría una solidaridad suficiente entre los Estados, ni un juez universal y obligatorio que pueda remediar esta carencia⁴⁸.

Si transponemos este argumento al ámbito económico, puede recordarse que en el asunto ante la CPII de la Sociedad comercial de Bélgica, en el que el Gobierno belga pareció aceptar la propuesta griega, según la cual, un Estado no

44. WEIL, P., *Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public*, RCADI, vol. 237 (1992) VI, pp. 175-176.

45. Sinergia que es destacada por CHRISTAKIS, Th., “Nécessité n’a pas de loi? La nécessité en droit international”, en *La nécessité en droit International*, SFDI, Colloque de Grenoble, Pedone, Paris, pp. 11-66 (41).

46. Vid. los fallos de la CIJ citados en la nota 43.

47. En este sentido se pronuncian, entre otros, BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, 7.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 466. Vid., asimismo, SALMON, J., “Faut-il codifier l’état de nécessité en droit international?”, en *Etudes de droit international en l’honneur du juge Manfred Lachs*, Martinus Nijhoff, The Hague-Boston-Lancaster, pp. 235-270; “Les circonstances excluant l’illicéité”, en WEIL, P. (dir.), *Responsabilité internationale*, Institut des Hautes Études Internationales, pp. 89-154.

48. Vid. HEATHCOTE, S., “Est-ce que l’état de nécessité est un principe de Droit international coutumier?”, *RBDI*, 1 (2007), pp. 53-89.

estaba obligado a pagar su deuda si al hacerlo debía comprometer sus servicios públicos esenciales, podría ser considerado como una práctica que no abarcaría más que una forma precisa de necesidad, la económica y financiera, y por tanto no sería pertinente para la formación de una regla general en materia de necesidad. Así, para Sarah HEATHCOTE, este asunto, que el Relator Roberto Ago y la CDI citaron profusamente para justificar la introducción del estado de necesidad como una circunstancia general de exclusión de la ilicitud en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados “*tend indeed, to illustrate an opinio iuris in respect of a specific rule of necessity, namely financial necessity, as opposed to a general plea*”⁴⁹.

En el ámbito de la necesidad económica y financiera, este argumento parece interesante, de un lado, por la multitud de tratados bilaterales de inversiones que contienen cláusulas de emergencia que estarían muy cerca aparentemente de un estado de necesidad particular y que a través de una interacción tratado-costumbre podrían teóricamente haber creado una excepción particular en este ámbito⁵⁰, que no sería incompatible con la regla secundaria general, aunque su aplicación prevalecería como *lex specialis*, además de tener unos condicionamientos distintos y menos severos que aquella. Y, de otro lado, porque tendería a paliar el poco acomodo que las estrictas condiciones exigidas en el artículo 25 de los artículos de la CDI tienen sobre las emergencias económicas. Sin embargo, la práctica muestra pocas evidencias de esta tendencia porque hasta ahora cuando los Estados han alegado esta excusa lo que tratan es de incluir la necesidad económica, ecológica... dentro de la regla secundaria general establecida en el artículo 25 de los artículos de la CDI y no crear una excepción particular. Al menos, así parecen demostrarlo las alegaciones del Estado demandado en

49. HEATHCOTE, S., “State of Necessity and International Law”, tesis nº 772, Universidad de Ginebra, Ginebra, 2005, p. 258.

50. Obsérvese, sin embargo, que la Resolución del Comité de la International Law Association sobre la formación del Derecho internacional consuetudinario establece el siguiente principio: “there is no presumption that a succession of similar treaty provisions give rise to a new customary rule with the same content”, International Law Association, *Report of the Sixty-ninth Conference*, London, 2000, pp. 712 y ss. (758). Y sobre los tratados en materia de inversiones, este Comité afirma: “(...) Some have argued that provisions of bilateral investment protection treaties (...) are declaratory of, or have come to constitute, customary law (...) there seems to be no special reason to assume that this is the case, unless it can be shown that these provisions demonstrate a widespread acceptance of the rules set out in these treaties outside the treaty framework”, *ibid.*, 759. Contra puede verse, LOWENFELD, A. F., *International Economic Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2008, p. 584: “(...) taken together, the [APPRI] are now evidence of customary international law, applicable even when a given situation or controversy is not explicitly governed by a treaty”.

el asunto del *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, tratando de incluir la necesidad ecológica en la regla secundaria relativa al estado de necesidad. Y así también parecen demostrarlo todos los asuntos fallados ante el CIADI relativos a la crisis argentina que expondremos en los epígrafe siguientes.

Aunque esta tendencia no pueda demostrarse, nos sirve al menos para plantearnos por qué la CDI redactó la excusa de la necesidad de forma tan exigente. Y la respuesta a esta cuestión seguramente se halle en las alegaciones de esta circunstancia vinculadas al uso de la fuerza que se hicieron en el pasado en concepto de autodefensa⁵¹. El incidente del “Caroline” de 1837 se menciona con frecuencia como ejemplo de legítima defensa aunque suponía en realidad una alegación de estado de necesidad, en una época en la que el derecho relativo al uso de la fuerza tenía una base muy distinta a la actual⁵². Y sobre esta doctrina algunos han tratado de fundamentar la legítima defensa preventiva y los usos menores de la fuerza en situación de necesidad que no sean constitutivos de agresión y, por tanto, al margen de la norma imperativa⁵³. Las condiciones estrictas a que somete el texto de la CDI la invocación de la defensa del estado

51. En este sentido, KURTZ, J., *Adjudging the Exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis*, Jean Monnet Working Paper 06/08, NYU School of Law, www.JeanMonnetProgram.org, pp. 18-19.

52. En aquel asunto, fuerzas armadas británicas penetraron en territorio norteamericano, atacando y destruyendo un navío perteneciente a ciudadanos norteamericanos, cargado de reclutas y material militar destinado a repeler los insurgentes canadienses. Como respuesta a las protestas norteamericanas, el Ministro de Gran Bretaña en Washington habló de la “necesidad de legítima defensa y de autoconservación”; idea que fue después recogida por los asesores jurídicos consultados por el Gobierno británico, quienes señalaron que “la conducta de las autoridades británicas” estaba justificada porque había sido “absolutamente necesaria como medida de precaución”, Vid. MANNING, W.R. (ed.), *Diplomatic Correspondence of the United States: Canadian Relations, 1784-1860*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1943, vol. III, p. 422; MCNAIR, A. D. (ed.), *International Law Opinions*, Cambridge University Press, Cambridge, vol. II, p. 22. El Secretario de Estado Webster contestó que “nada que no sea una necesidad clara y absoluta puede justificar la comisión de actos hostiles dentro del territorio de una Potencia en paz y destacó que el Gobierno británico debía probar que la acción de sus fuerzas había sido verdaderamente provocada por una necesidad la legítima defensa instantánea, abrumadora, que no dejaba ninguna elección posible de medios y ningún tiempo para deliberar, *British and Foreign State Papers*, vol. 29, p. 1129.

53. Es dudoso que el estado de necesidad ampare realmente un recurso a la fuerza aunque no sea constitutivo de agresión. Vid., en sentido negativo, el trabajo de CORTEN, O., “L’état de nécessité peut-il justifier un recours à la force non constitutif d’agression”, *The Global Community Yearbook of International Law & Jurisprudence*, 2004, pp. 11-50; y en sentido positivo, GUTIÉRREZ ESPADA, C., “El estado de necesidad cabalga de nuevo”, *op. cit.*, pp. 669 y ss.; en los que se realiza un amplio repaso de la *opinio iuris* de los Estados sobre esta cuestión y los trabajos preparatorios que condujeron a la aprobación por la CDI del artículo 25 sobre la responsabilidad del Estado.

de necesidad por un Estado se explica también por el hecho de que puede invocarse en cualquier situación contra cualquier obligación internacional, excepto las “que emanan de una norma imperativa de derecho internacional general”, como se expresa en el artículo 26 de los artículos de la CDI. Por lo tanto, es hasta cierto punto bastante lógico que la necesidad sólo pueda aceptarse con carácter excepcional⁵⁴.

Puede comprenderse por tanto que era necesario establecer una causa de justificación de carácter horizontal bastante exigente para evitar estos riesgos, además de tratar de otorgar seguridad jurídica y estabilidad a las obligaciones internacionales. No obstante, el peligro de formalizar o aplicar una regla jurídica de alcance general sin prestar la debida atención al contexto en el que un determinado acontecimiento surge y se desarrolla puede plantear algunos problemas. Si bien podría pensarse que una excusa tan exigente puede ser perfectamente comprensible en el contexto del uso de la fuerza entre los Estados, es dudoso que las mismas estrictas condiciones deban aplicarse en situaciones diferentes donde los riesgos para valores supremos de las relaciones internacionales no se encuentren en peligro⁵⁵. Y esto es precisamente lo que creemos que ocurre en el supuesto de una emergencia económica que imposibilita a un Estado a hacer frente a sus obligaciones financieras internacionales, situación en la que los intereses en juego son distintos a los que la CDI trató de conjurar con una redacción tan restrictiva; y pese a ello, la aceptación de esta excusa en este ámbito también ha sido bastante escasa por parte de las jurisdicciones internacionales ante las que esta cuestión se ha planteado.

Así, si bien la situación económica de un país ha sido aceptada de forma teórica como un interés esencial digno de protección, la aplicación de las exigentes condiciones establecidas en el artículo 25 del proyecto de la CDI sobre la responsabilidad del Estado a la necesidad financiera ha puesto de manifiesto un reconocimiento carente de homogeneidad⁵⁶ debido seguramente a

54. Vid. CIJ, asunto *Gabcikovo-Nagymaros Project*, apdo. 51. En el comentario de la CDI al artículo 25, párrafo 1, la CDI afirma: “Por la expresión ‘estado de necesidad’ se designan los casos excepcionales”, mientras que en el apartado 14 se señala lo siguiente: “(...) para subrayar el carácter excepcional del estado de necesidad y las preocupaciones por su posible abuso, el Artículo 25 se ha redactado en forma negativa”.

55. Cfr. AGIUS, M., “The Invocation of Necessity in International Law”, *Netherlands International Law Review*, vol. 56 (2009), pp. 95-135 (135): “(...) it would appear that the exceptional nature of the necessity defence, and the strict doctrine that has developed surrounding it when applied to situations of a military nature, spill over also into less sensitive areas of law”.

56. Sobre el carácter tradicionalmente controvertido del estado de necesidad como circunstancia excluyente puede verse, entre otros, ALLOT, Ph., “State Responsibility and the Unmaking of International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 29 (1988), pp. 1 y ss. (17);

la formulación de esta excusa en términos bastante abstractos, lo cual pone de manifiesto el alto grado de subjetividad con el que están dotados sus distintos parámetros, ya que ni las finalidades, ni los medios para su aplicación han sido precisados de forma tangible. Cada Estado tendrá su propia concepción de la importancia relativa de los intereses esenciales en conflicto, sobre el concepto de peligro grave e inminente o, incluso, sobre la existencia de medios alternativos al incumplimiento de la obligación internacional para descartar el peligro grave e inminente.

III. EL ESTADO DE NECESIDAD FRENTE A LA CRISIS FINANCIERA ARGENTINA

Las contradicciones sobre la apreciación de la existencia de un estado de necesidad en materia económica y financiera se han puesto de manifiesto con toda su crudeza en los últimos años en una serie de procedimientos arbitrales instituidos por un importante número de inversores extranjeros ante el CIADI contra Argentina en el contexto de la grave crisis que este país padeció entre finales de los años noventa y principios del nuevo milenio⁵⁷. Como se recordará, este país sufrió una recesión que se prolongó durante cuatro años, entrando incluso en un período de deflación. La prima riesgo-país se incrementó y, gradualmente, Argentina fue excluida del mercado internacional de crédito⁵⁸. Como era de esperar, estos indicadores económicos generaron graves problemas sociales puesto que los niveles de desempleo, pobreza e indigencia se incrementaron considerablemente. En enero de 2002, el 25% de la población activa estaba desempleada con una mayoría de población por debajo del umbral de pobreza⁵⁹. La crisis argentina se agudizó aún más y el Gobierno experimentó serias dificultades para cumplir con su deuda externa. A medida que la pobreza

GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en derecho internacional (Reflexiones sobre la interpretación y consecuencias que pueden derivarse en tal materia de la aceptación por la CDI del estado de necesidad)*, Tecnos, Madrid, 1987; “El estado de necesidad cabalga de nuevo”, *op. cit.*, p. 669.

57. En realidad, la crisis aguda se desató en 2001, pero para algunos analistas comenzó en 2000 y se originó en 1998, vid. FMI, *Informe sobre la evaluación del papel del FMI en Argentina, 1991-2001*, Washington, Oficina de Evaluación Independiente, 2004 (C-149, R-207), p. 8.

58. Un panorama útil de toda la evolución de esta crisis, que facilita el análisis jurídico posterior, puede encontrarse, bajo el subtítulo “Panorama General de la Evolución Económica, 1991-2001”, en el Informe elaborado por la Oficina de Evaluación Independiente del FMI, titulado *El FMI y Argentina, 1991-2001*, publicado en 2004, pp. 11-13.

59. Vid. “A Decline without Parallel-Argentina’s Collapse”, *The Economist*, Special Report, 2 de marzo de 2002.

y el desempleo empeoraban, los argentinos temieron que el Gobierno incumpliera sus obligaciones y pudiera inmovilizar los depósitos bancarios, por lo que procedieron a retirar masivamente sus ahorros de los bancos. En respuesta a estos hechos, el 1 de diciembre de 2001, el Gobierno dictó el Decreto n° 1570/01, conocido como el “Corralito”, restringiendo las retiradas de dinero de los bancos y prohibiendo las transferencias al extranjero. En medio de grandes demostraciones públicas de descontento, incluyendo la violencia que se cobró decenas de vidas, una sucesión de presidentes asumió y dimitió de la presidencia del país en muy corto período de tiempo.

Pese a estos indicadores, las tarifas de los servicios públicos gestionados por empresas norteamericanas debían ajustarse según los contratos públicos de concesión sobre la base del Índice de Precios al Productor de Estados Unidos. No obstante, si se llevaba a cabo este ajuste la situación de crisis se agravaría notablemente porque mientras Argentina atravesaba un período significativamente deflacionario, Estados Unidos experimentaba un período altamente inflacionario. Por ello el Gobierno argentino consideró que los ajustes pendientes no eran razonables pues implicaban un incremento de las tarifas de los servicios públicos en un contexto de recesión y deflación. En 2002, una Ley de Emergencia Pública modificó estos contratos, aboliendo todas las cláusulas de ajuste de tarifas en dólares y adoptando un esquema de cambio de acuerdo con el cual todas las obligaciones pagaderas en dólares serían convertidas a pesos a la tasa fijada de un peso igual a un dólar, medida que fue calificada por el Gobierno como un proceso necesario para devolver al país la estabilidad económica⁶⁰.

Como era previsible, los inversores extranjeros se quejaron de las pérdidas sufridas como consecuencia de la aplicación de estas medidas, que calificaron

60. El Tribunal arbitral en el asunto CIADI, *Continental Casualty / Argentina*, Laudo de 3 de septiembre de 2008, n° ARB/03/9, apdo. 180, señala que la crisis produjo el abandono repentino y caótico del dogma fundamental de la vida económica del país, como lo era el tipo fijo de convertibilidad que había sido recomendado y respaldado constantemente durante más de una década por el FMI y la comunidad internacional; el casi desmoronamiento de la economía nacional; el aumento de la inflación; el alza del desempleo; las penurias sociales que llevaron a que más de la mitad de la población cayera por debajo de la línea de pobreza; riesgos inmediatos para la salud de los niños pequeños, los enfermos y los miembros más vulnerables de la población; malestar y desórdenes generalizados; el riesgo real de insurrección y disturbios políticos extremos; la abrupta renuncia de sucesivos presidentes y el colapso del Gobierno, unido a la desintegración parcial de las instituciones políticas y un vacío extendido de poder; todo lo cual llevó a adoptar una legislación de emergencia que otorgaba poderes legislativos extraordinarios al Poder Ejecutivo, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 76 de su Constitución, para poder hacer frente a la grave situación social, económica, administrativa, financiera y cambiaria que padecía el país.

como acciones de expropiación y constitutivas de una auténtica violación del trato equitativo debido en virtud de los acuerdos bilaterales de inversiones; y procedieron a llevar esta controversia ante los tribunales arbitrales del CIADI. En el marco de estos procedimientos, que presentan un contexto fáctico similar, aunque no idéntico, Argentina ha tratado de excluir total o parcialmente su responsabilidad por la violación de sus obligaciones internacionales alegando de forma recurrente el estado de necesidad que padecía cuando adoptó las medidas controvertidas debido a la severa crisis política, económica y social, que en su opinión amenazaba incluso la propia existencia del Estado, defensa basada la mayoría de las veces tanto en el Derecho internacional general como en la cláusula de emergencia del artículo XI del APPRI suscrito con Estados Unidos en 1991.

3.1. *La doctrina arbitral sobre el estado de necesidad en el marco del Derecho internacional general*

Aunque los distintos fallos no están exentos de contradicciones, todos aceptan el estatuto consuetudinario del estado de necesidad codificado por la CDI; así como que una crisis económica severa puede bajo circunstancias extraordinarias justificar en esta excusa el incumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado. No obstante, la mayoría de estos laudos rechaza su aplicación concreta basándose, de un lado, en la contribución del Gobierno argentino al advenimiento de la crisis; y de otro, en la existencia de vías alternativas de actuación que no implicaban la suspensión de las obligaciones financieras de este país. Únicamente en los fallos dictados en los asuntos *LG & Energy Corporation*⁶¹ y *Continental Casualty Company*⁶², los tribunales arbitrales aceptan que las medidas fueron adoptadas en un contexto de necesidad que existió en el país austral durante un período de quince meses entre 2001 y 2003 al amparo de la cláusula de emergencia del APPRI concluido entre Argentina y Estados Unidos en 1991. Por el contrario, los fallos en los

61. CIADI, asunto *LG & Energy Corporation / Argentina*, Decisión sobre la responsabilidad de 3 de octubre de 2006, n° ARB/02/1, *ILM*, vol. 46 (2006), p. 1136, apdos. 201-266. El Tribunal estaba compuesto por Tatiana De Maekelt (Presidente) y los árbitros, Francisco Rezek y Albert Jan Van Den Berg.

62. CIADI, asunto *Continental Casualty Company / Argentina*, Laudo arbitral de 3 de septiembre de 2008, n° ARB/03/9, <http://ita.law.uvic.ca/documents/ContinentalCasualtyAward.pdf>. El Tribunal estaba compuesto por Giorgio Sacerdoti (Presidente) y los árbitros, V. V. Veeder y Michel Nader.

asuntos *CMS*⁶³, *Enron*⁶⁴ y *Sempra*⁶⁵ sugieren unas condiciones diferentes para la invocación de esta excusa en el marco del Derecho internacional general, coincidiendo en ofrecer una interpretación hasta tal punto restrictiva que hace impracticable su alegación por parte de un Estado que trate de mantener la prestación de servicios públicos a su población frente a una crisis económica severa u otra emergencia. Estos últimos fallos establecen planteamientos contradictorios a través de un pobre razonamiento jurídico que no alcanza a explicar adecuadamente el verdadero fundamento de la necesidad que aplican, si la crisis argentina puso o no en peligro intereses esenciales de seguridad o si el Gobierno de este país contribuyó o no a crear la situación de crisis.

Esta divergencia de opiniones acerca de la doctrina de la necesidad parece poner de manifiesto una cierta inseguridad jurídica e, incluso, una cierta inadecuación de la redacción actual de esta excusa en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado a los supuestos de crisis financieras. Veamos a continuación la forma en que estos tribunales arbitrales han analizado las distintas condiciones exigidas en el artículo 25 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado.

3.1.1. *Único modo disponible para salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente*

Como se recordará, la necesidad sólo excusa la violación de las obligaciones internacionales de un Estado si es el único modo de que dispone para salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente. En los laudos arbitrales en los asuntos *CMS*, *Enron* y *Sempra* los tribunales sostuvieron que la crisis que sufrió Argentina no era de una magnitud suficiente

63. CIADI, asunto *CMS Gas Transmission Company / Argentina*, Decisión sobre la responsabilidad de 12 de mayo de 2005, nº ARB/01/8, *ILM*, vol. 45 (2005), nº 5, pp. 1205 y ss.; apdos. 304-394. El Tribunal estaba compuesto por el Profesor Francisco Orrego Vicuña (Presidente) y los árbitros Marc Lalonde y Francisco Rezek.

64. CIADI, asunto *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. / Argentina*, Laudo arbitral de 22 de mayo de 2007, asunto, ARB/01/3, apdos. 288-345, <http://ita.law.uvic.ca/documents/Enron-Award.pdf>; compuesto por el Profesor Francisco Orrego-Vicuña (Presidente) y los árbitros Albert Jan Van Den Berg y Pierre Yves Tschanz.

65. CIADI, asunto *Sempra Energy Int'l / Argentina*, Laudo arbitral de 28 de septiembre de 2007, nº ARB/02/16; compuesto por el Profesor Francisco Orrego Vicuña (Presidente) y los árbitros Marc Lalonde y Sandra Morelli Rico. También encontramos un planteamiento similar en el asunto *National Grid P.L.C. / Argentina*, fallado por un Tribunal arbitral constituido en el marco de UNCITRAL el 3 de noviembre de 2008, compuesto por Andrés Rigo Sureda (Presidente) y los árbitros Alejandro Miguel Garro y Judd L. Kessler.

como para amenazar los intereses esenciales de este país dado que no comprometió la propia existencia del Estado o su independencia⁶⁶, llegando algún fallo incluso a realizar una reminiscencia del derecho de autopreservación del Estado⁶⁷. No obstante, la idea de que sólo y exclusivamente la puesta en peligro de la existencia del Estado pueda justificar la admisión de la excusa de la necesidad económica parece excesivamente reductora porque una situación económica delicada no parece que pueda realmente entrañar la desaparición del Estado. Y ello porque un Estado enfrentado a un crisis económica severa subsistirá e, incluso, si sucumbe quedarán los Estados continuadores y sucesores. Por tanto, vincular los intereses esenciales del Estado exclusivamente con su propia supervivencia hace que este requisito sea prácticamente imposible de cumplir.

La estrecha interpretación de este requisito procede –creemos– de la influencia de la jurisprudencia arbitral del s. XIX, en particular, los asuntos arbitrales *Compañía General del Orinoco*⁶⁸ e *Indemnización rusa*, en los que los tribunales arbitrales exigieron como condición para aceptar la alegación del estado de necesidad que el cumplimiento de la obligación internacional fuera susceptible de conducir a la destrucción del Estado⁶⁹. Puede recordarse, sin embargo, que en el asunto *Indemnización rusa*, después de afirmar el

66. En el asunto *Enron*, mientras que el Tribunal arbitral reconoce que Argentina se enfrentó a una crisis severa, añade que “*el argumento de que semejante situación comprometió la propia existencia del Estado y su independencia como para afectar a un interés esencial del Estado no es convincente*”, apdo. 306. Y en el asunto *CMS Gas Transmission Company*, el Tribunal arbitral afirma: “*El Tribunal está convencido de que la crisis fue efectivamente grave (...)* Sin embargo, tampoco se puede concluir que la ilicitud de las medidas debiera ser excluida en forma automática en las circunstancias del caso”, apdo. 320.

67. En el asunto *Metalpar S.A. & Buen Aire S.A. / Argentina*, el Tribunal arbitral afirmó: “La autopreservación es uno de los deberes fundamentales que tienen los gobiernos de los países. Desaparecido el gobierno, sobrevienen el caos y enormes penurias para los habitantes de la nación”, CIADI, asunto *Metalpar S.A. & Buen Aire S.A. / Argentina*, n° ARB/03/5, Laudo sobre el fondo de 6 de junio de 2008, apdo. 208. Rodrigo Oreamuno Blanco (Presidente), Duncan H. Cameron y Jean Paul Chabaneix (árbitros).

68. Comisión Mixta de Reclamaciones Francia / Venezuela, asunto *Compañía General del Orinoco*, UNRIAA, vol. X (1902), p. 287: “*The respondent Government from the same cause was prevented from paying its indebtedness to the claimant company. This was the sole cause of the acts and neglects of the respondent Government. Its first duty was to itself. Its own preservation was paramount*”.

69. Sentencia arbitral de 11 de noviembre de 1913, *Indemnización rusa* (Rusia / Turquía), UNRIAA, vol. XI (1912), pp. 405 y ss. (443): “*Le Gouvernement Impérial Russe admet expressément (Réplique Russe, p. 33 et note 2) que l’obligation pour un Etat d’exécuter les traités peut fléchir « si l’existence même de l’Etat vient à être en danger, si l’observation du devoir international est (...) self destructive*” (apdo. 6).

carácter autodestructivo para el Estado si observaba sus obligaciones internacionales, el Tribunal arbitral parece relajar este planteamiento al poner de relieve que sería manifiestamente exagerado admitir que el pago de una suma relativamente mínima habría podido comprometer gravemente la situación interior o exterior del país demandado⁷⁰. Asimismo, en el asunto *Sociedad Comercial de Bélgica*, en el que se debatía ante la CPJI la no ejecución por parte de Grecia de dos laudos arbitrales pronunciados en 1936 en virtud de los cuales Grecia debía pagar ciertas cantidades a una sociedad belga, el agente de este país afirmó ante la CPJI –siguiendo la concepción de la jurisprudencia arbitral anterior– la imposibilidad de hacer frente a estos pagos sin comprometer la existencia económica del país y el funcionamiento de sus servicios públicos⁷¹. Y el Gobierno belga reconoció ante la CPJI estar de acuerdo con este principio, al señalar expresamente que un Estado no estaba obligado a pagar sus deudas si comprometía sus servicios públicos esenciales⁷², formulación que parece mucho más laxa que supeditar la alegación de esta excusa al peligro para la existencia del propio Estado. Aparte de ello, hoy parece ampliamente superada aquella concepción que asimilaba los intereses esenciales del Estado y su propia supervivencia⁷³, además de haber sido abandonadas las viejas teorías sobre los Derechos fundamentales del Estado. En este sentido, el Relator especial Roberto AGO estimó que otros intereses esenciales, que no afectaran a la propia existencia del Estado, pero que pudieran enmarcarse en el ámbito económico o ecológico, podían también ser invocados en apoyo

70. *Ibid.*: “(...) *Il serait manifestement exagéré d'admettre que le payement (ou la conclusion d'un emprunt pour le payement) de la somme relativement minime d'environ six millions de francs due aux indemnitaires russes aurait mis en péril l'existence de l'Empire Ottoman ou gravement compromis sa situation intérieure ou extérieure*”.

71. CPJI, asunto *Sociedad Comercial de Bélgica (Bélgica / Grecia)*, 1939, Dúplica del Gobierno griego, de 15 de diciembre de 1938: “(...) *Il devient donc évident que, dans ces conditions, il est impossible au Gouvernement hellénique, sans compromettre l'existence économique du pays et le fonctionnement normal des services publics, de faire les versements et d'effectuer le transfert de devises que comporteraient l'exécution intégrale de la sentence ou même l'accomplissement de la proposition faite et après retirée par la Société*”, CPJI, série C, n° 87, pp. 111-112.

72. Réplica oral del Gobierno belga ante la CPJI de 17 de mayo de 1939: “(...) *Dans une savante étude sur la question de la force majeure au regard des obligations des Etats, M. Youpis exposait hier qu'un Etat n'est pas tenu de payer sa dette si, en la payant, il devait compromettre ses services publics essentiels. Sur le principe ainsi énoncé, le Gouvernement belge serait sans doute d'accord*”, C.P.J.I., série C, n° 87, p. 236.

73. Puede verse, en este sentido, la Resolución sobre Derecho monetario internacional aprobada por la International Law Association en su sesión de Varsovia, en 1988, vid. International Law Association: *Report of the Sixty-third Conference held at Warsaw, August 21st to August 27th, 1988*, pp. 20-22.

de la excusa de la necesidad⁷⁴. Y la CDI apoyó este planteamiento al señalar que la medida en que un interés determinado es “esencial” dependerá de todas las circunstancias y no puede prejuzgarse: “La condición se extiende a los intereses particulares del Estado y de su población, así como de la comunidad internacional en su conjunto”⁷⁵. Siguiendo esta concepción, en el asunto *LG & Energy Corporation* el Tribunal afirmó que la crisis financiera que padeció Argentina fue de tal magnitud como para poner en peligro un interés esencial⁷⁶.

Esta misma inadecuación la reencontramos en otra de las condiciones del estado de necesidad: que el comportamiento del Estado sea el “único modo” disponible, ya sea a través de una acción unilateral o de otras formas de comportamiento posibles mediante la cooperación con otros Estados u otras organizaciones internacionales, para salvaguardar un interés esencial⁷⁷. En el proyecto de artículos, la CDI estableció que la excusa quedaba excluida si existían otros modos (por lo demás legítimos), aunque pudieran ser más costosos o menos convenientes⁷⁸, lo cual implica que cuando un Estado posee varias alternativas de actuación, la aplicación de la necesidad consuetudinaria se excluye⁷⁹.

74. *Annuaire CDI*, vol. I (1980), p. 145. Es cierto, sin embargo, que la CDI en su comentario al artículo 25 del proyecto de la CDI sobre la responsabilidad del Estado retoma la afirmación clásica, señalando que el estado de necesidad se ha invocado para proteger una diversidad de intereses, incluidos (...) la preservación de la existencia misma del Estado, *Annuaire CDI*, vol. II, 2ª parte (2001), pp. 76 y ss.

75. *Annuaire CDI* (2001), p. 209, comentario al artículo 25, apdo. 14.

76. Laudo *LG & Energy Corporation*, Decisión sobre la responsabilidad, apdo. 251: “*Tal como lo ha demostrado la práctica, intereses económicos, financieros o relacionados con la protección del Estado frente a cualquier peligro que comprometa gravemente su situación interna o externa son también considerados intereses esenciales*”.

77. La excusa quedará excluida si existen otros modos legítimos, aunque puedan ser más costosos o menos convenientes. Así, en el asunto *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ rechazó que la suspensión y el abandono unilateral del proyecto de construcción de la presa fuera la única medida posible, teniendo en cuenta, en particular, el volumen de trabajo ya realizado y el dinero invertido y la posibilidad de remediar cualquier problema por otros medios, *CIJ Reports 1997*, p. 42 y 43, apdo. 55.

78. *Annuaire CDI*, vol. II, 2ª parte (2001), Comentario al artículo 25, apdo. 15, pp. 76 y ss.

79. Con anterioridad a estos laudos arbitrales, en las contadas ocasiones en las que el estado de necesidad en el marco del Derecho internacional general ha sido alegado ante una jurisdicción internacional fue el incumplimiento de esta condición lo que llevó a rechazar su alegación, vid., por ejemplo, el fallo arbitral en el asunto *Lybian Arab Foreign Investment Company (LAFYCO) / Burundi*, *cit.*, donde el Tribunal afirmó: “(...) [T]he various measures taken by that State against the rights of the shareholder LAFICO do not appear to the Tribunal to have been the only means of safeguarding an essential interest of Burundi against a grave and imminent peril (...)”. De forma similar, en el asunto *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, *cit.*, la CIJ afirmó: “(...) The Court moreover considers that Hungary could, in this context also, have resort to

Una de las cuestiones claves a la que tuvieron que enfrentarse los tribunales arbitrales en estos fallos fue de que manera interpretar el requisito de la inexistencia de medios alternativos al alcance del Estado, planteándose la cuestión de si sería suficiente para invalidar la alegación de esta excusa si existían otras opciones políticas al alcance del Gobierno argentino que no hubiesen implicado la violación de sus obligaciones internacionales o tendría, además, que demostrarse la efectividad de esas otras opciones como respuesta ante la crisis. Se trata ni más ni menos que de valorar si las medidas adoptadas por este país fueron la mejor opción política o la mejor respuesta ante la crisis.

Los tribunales arbitrales en los asuntos *CMS*, *Enron* y *Sempra* coincidieron en criticar la elección política que había realizado el Gobierno argentino y sugirieron que había tenido a su alcance otros medios válidos para responder a la crisis⁸⁰. Es curioso observar, sin embargo, que con excepción del fallo en el asunto *Continental Casualty Company*⁸¹, ningún Laudo analiza la viabilidad de las medidas alternativas⁸²; limitándose todos ellos a enunciar someras referencias a teóricas alternativas aunque sin valorar sus posibles resultados⁸³.

other means to respond to the dangers it apprehended”, *CIJ Rec.*, 1997, apdo. 56. En el asunto *Saiga II*, *cit.*, el Tribunal Internacional de Derecho del Mar afirmó: “(...) *No evidence has been produced by Guinea to show that its essential interests were in grave and imminent peril. But, however essential Guinea’s interest in maximising its tax revenue from sale of gas oil to fishing vessels, it cannot be suggested that the only means of safeguarding the interest was to extend its customs laws to parts of the exclusive economic zone*”, *ILM*, vol. 38 (1999), p. 1323, apdo. 135.

80. Así, el Tribunal arbitral en el asunto *CMS* afirmó que la respuesta adoptada por el Gobierno argentino no era la única forma de abordar la crisis argentina dado que poseía a su alcance una variedad de alternativas, incluyendo la dolarización de la economía, garantizar ayudas directas a la población afectada o a la industria, entre otras medidas, CIADI, Laudo arbitral *CMS*, apdo. 323. Vid., en un sentido similar, el Laudo arbitral en el asunto *Sempra*, apdos. 350-351

81. En el asunto CIADI, *Continental Casualty Company*, el Tribunal analiza con todo detalle las alternativas que podrían haber estado disponibles cuando Argentina adoptó las medidas controvertidas con respecto al corralito (congelamiento de los depósitos bancarios en diciembre de 2001), la devaluación del peso, la pesificación de los contratos y depósitos denominados en dólares de Estados Unidos y la suspensión de los pagos, la cesación de pagos y la reestructuración de los instrumentos públicos financieros mantenidos por la demandante en este asunto, apdos. 104-222; planteándose a continuación si el país austral podría haber adoptado antes de que sobreviniera la crisis políticas distintas que habrían evitado o impedido la situación que llevó a la adopción de las medidas impugnadas.

82. El Tribunal arbitral en el asunto *Sempra* se limita a afirmar: “*En tanto que una u otra parte hubiera deseado que el Tribunal señalara cual era la alternativa recomendable, no es tarea del Tribunal la de reemplazar su punto de vista por la escogencia hecha por el Gobierno entre opciones económicas. El deber del Tribunal, en cambio, es únicamente determinar si la escogencia efectuada era la única disponible, y éste parece no haber sido el caso*”, apdo. 351.

83. La respuesta del CIADI en el asunto *CMS Gas Transmission Company* es extraña por cuanto estima no tener que pronunciarse sobre la oportunidad de las opciones políticas de Ar-

No es difícil adivinar, sin embargo, que para responder frente a cualquier incidencia los gobiernos siempre cuentan con distintas opciones políticas. Por consiguiente, cualquiera que sean las medidas que finalmente un Gobierno ejecute para atajar una crisis económica, siempre habrá tenido a su alcance otras acciones alternativas⁸⁴. En efecto, en materia económica es bastante extraño que una única medida permita remediar una crisis, siendo a menudo necesario que un país ponga en marcha una serie de acciones para salvaguardar sus intereses económicos y financieros, entre las que puede hallarse incluida la violación temporal y transitoria de sus obligaciones internacionales. Podría imaginarse en este sentido que el impago de una deuda, cuyo montante fuera desproporcionado en relación con la capacidad financiera de un Estado, fuera el único medio de asegurar su supervivencia económica o la continuación de la prestación de los servicios públicos a su población⁸⁵. El Estado que deja de ejecutar una obligación internacional en nombre de la necesidad tendría que probar que realmente no tenía otra forma de actuar, es decir, que la violación de sus obligaciones internacionales era la única alternativa posible.

En contraste con estos fallos, los tribunales arbitrales en los asuntos *LG & Energy* y *Continental Casualty Company* sostuvieron plenamente los argumentos del Estado demandado afirmando, de un lado, que no se encontraban facultados para valorar la política económica del Gobierno argentino; y, de otro, aceptando plenamente que las medidas adoptadas para lograr la recuperación económica era la única manera de resolver la crisis. Y si bien reconocieron que teóricamente podrían haber existido alternativas para desarrollar estas medidas, estimaron que era evidente que una solución general fue necesaria y en ella debía incluirse necesariamente la regulación de las tarifas de los servicios públicos⁸⁶. Quizás se trate de un enfoque más adecuado en cuanto admite la alegación de la necesidad si no resulta del todo evidente la existencia de medi-

gentina: “Establecer cuál de esas políticas hubiera sido la mejor es una decisión que excede de las atribuciones del Tribunal” (apdo. 323). Pero de forma algo contradictoria afirma al mismo tiempo que las medidas del Gobierno argentino no eran las únicas posibles (apdo. 324).

84. De forma poco menos que irónica el Tribunal arbitral en el asunto *Enron* observó: “Experiencias similares alrededor del mundo en la gestión de crisis económicas muestran que siempre hay enfoques diversos para dirigir y corregir estos acontecimientos críticos, por lo que es difícil justificar que ningunos de ellos estuvo a la disposición del Gobierno argentino para atajar la crisis”, apdo. 308.

85. Como plantea la Profesora STERN, B., “La nécessité économique et financière”, en *La nécessité en droit International*, SFDI, Colloque de Grenoble, Pedone, Paris, pp. 349-356 (353); que sea el único medio que tiene el sujeto internacional para proteger un interés esencial plantea claramente la cuestión de la capacidad de los Estados para administrar sus servicios públicos.

86. CIADI, asunto *LG & Energy Corporation*, apdo. 257.

das alternativas menos restrictivas que faciliten la respuesta ante una crisis que causen menos daños a los intereses de los inversores.

3.1.2. *Contribución del Estado a la situación de necesidad*

Otra de las condiciones del estado de necesidad valorada por estos tribunales arbitrales fue si Argentina había coadyuvado al acaecimiento de la situación de necesidad, preguntándose por el nivel de contribución que es necesario para invalidar la alegación de esta excusa. De acuerdo con el comentario de la CDI, esta contribución debe ser suficientemente sustancial y no simplemente incidental o periférica⁸⁷.

En los asuntos *CMS*, *Enron* y *Sempra* los tribunales señalaron que la contribución de este país a que sobreviniera la crisis fue suficiente como para invalidar la alegación de esta circunstancia⁸⁸. Asimismo, en el asunto *National Grid P.L.C.*, fallado por un Tribunal arbitral constituido en el marco de UNCITRAL, los jueces se mostraron convencidos de que la crisis había sido causada tanto por factores internos y externos, aunque otorgando plena deferencia a lo establecido en un Informe del Fondo Monetario Internacional sobre la crisis argentina⁸⁹, que otorgaba mucho mayor peso a los primeros; el Tribunal falló que la contribución del Gobierno argentino había sido sustancial, lo que le condujo a rechazar también la alegación del estado de necesidad⁹⁰. No deja de ser irónico,

87. Proyecto de artículos de la CDI sobre la responsabilidad internacional del Estado, Comentario al artículo 25, apdo. 20. Como se recordará en el asunto del proyecto *Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ encontró que la excusa de la necesidad era inaplicable porque Hungría habían ayudado, por acción u omisión, a provocar la situación de necesidad, CIJ, asunto *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungría / Eslovaquia), *Rec. CIJ 1997*, p. 46.

88. Según las palabras del Tribunal arbitral en el asunto *Enron*: “*Aunque cada parte alega que los factores que precipitaron la crisis fueron sea endógenos o exógenos lo cierto es que ambos parecen haber intervenido (...) Esto significa que en la medida en que la contribución del Estado a que sobreviniera la situación de necesidad ha sido sustancial sin que pueda alegar válidamente que las causas recayeron exclusivamente sobre factores exógenos*”, apdos. 311-12. De forma similar, el Tribunal arbitral en el asunto *CMS Gas Transmission Company* observó: “*La crisis no fue generada por un gobierno en particular y reconoce sus orígenes en la crisis del decenio de 1980, agravada por las políticas gubernamentales de los años noventa, que alcanzó su punto máximo en 2002 y los años subsiguientes. De ahí que el Tribunal debe tener en cuenta que las políticas gubernamentales y sus limitaciones contribuyeron de manera importante a la crisis y la emergencia. Si bien los factores exógenos condujeron a dificultades adicionales ellas no eximen de responsabilidad al Demandado en esta materia*”, apdo. 329.

89. FMI, *Lessons from the Crisis in Argentina*, 8 de octubre de 2003, Exhibit C-252.

90. UNCITRAL, Laudo arbitral *National Grid P.L.C. / Argentina*, apdo. 260. “*(...) As noted in the evaluation of the crisis by the IMF, both types of factors played a role and their impor-*

sin embargo, que este Tribunal apoye la *ratio decidendi* de este Laudo en este Informe del FMI teniendo en cuenta que el tipo fijo de convertibilidad peso / dólar había sido recomendado, respaldado y alabado constantemente durante más de una década por esta organización internacional y la comunidad internacional⁹¹; por no hablar de las políticas de ajuste dictadas por ésta y otras organizaciones internacionales como el Banco Mundial, sobre éste y otros países; factores que seguramente también han ayudado a fermentar el caldo de cultivo de estas crisis.

Por el contrario, el Tribunal arbitral en el asunto *LG & Energy Corporation* adoptó un enfoque completamente diferente sobre el nivel de contribución que es necesario para excluir la alegación del estado de necesidad, señalando que incluso si Argentina había contribuido a la crisis económica subyacente, ésta no había sido ni significativa, ni intencional; por lo que admitió plenamente su invocación⁹². Y en un sentido similar, en el asunto *Continental Casual Company*, el Tribunal estimó que no se había demostrado la contribución sustancial del Gobierno argentino al advenimiento de la crisis, basándose especialmente en la opinión de observadores cualificados, los cuales seguían sin ponerse de acuerdo en cuanto a las causas exactas de la crisis y la combinación de medidas que podrían haberla evitado⁹³. En opinión de estos árbitros, concluir que las medidas adoptadas por Argentina eran necesarias para abordar una situación inminente de total paralización de la economía no significa que la crisis fuera inevitable. Si años antes se hubiera aplicado

tance varied over time but they all had a significant part in contributing to its seriousness. Internal factors such as external indebtedness, fiscal policies or labor market rigidity were under the control of the Respondent and created a fertile ground for the crisis to develop when in the late nineties the external factors adduced by the Respondent came to play. The Respondent's response to the crisis further contributed to it. In the words of the IMF study, the crisis was "exacerbated by a series of policy mistakes... notably the capital controls, the corralito and corralón, and the asymmetrical pesoization and indexation." Mindful of the categorical terms of paragraph 2(b) of Article 25 of the Draft Articles, the Tribunal concludes that the Respondent has failed to show that it did not contribute to the situation of necessity on which it based its defense".

91. Apoyo que lleva a algunos a insinuar la posible responsabilidad de esta organización internacional en una clásica relación de agencia en la que aquella actuó como sujeto inductor, vid. SCHLEMMER-SCHULTE, S., "Sovereign Debt: The Argentine Bond Case", en N. RONZITTI, A. FISCHER-LESCANO, H.-P. GASSER, T. MARAUHN (eds.), *Frieden in Freiheit – Peace in liberty – Paix en liberté: Festschrift für Michael Bothe zum 70. geburstag*, Nomos/Dike, Berlín, 2008, pp. 972-1017 (991).

92. A este respecto, el Tribunal señaló en el asunto *LG & Energy Corporation*: "En primer lugar, las Demandantes no han probado que el Estado Argentino contribuyera a la severa crisis que afrontaba el país; y, en segundo lugar, la actitud del Gobierno argentino ha demostrado el deseo de frenar, a toda costa, la gravedad de la crisis", apdo. 256.

93. CIADI, *Continental Casual Company*, apdo. 224.

una política económica y cambiaría diferente, se podría haber evitado – en opinión de este Tribunal – la crisis de 2001-02⁹⁴. Con todo, el fallo añade que Argentina hizo esfuerzos razonables por adoptar medidas que habría mantenido, o podrían haber mantenido, la convertibilidad, respetando de esa manera sus obligaciones internacionales conexas:

“(…) consideramos que los esfuerzos del Gobierno guardaron el equilibrio adecuado entre ese objetivo y la responsabilidad de cualquier Gobierno frente a la población de un país: es evidente que no todos los sacrificios pueden imponerse a la población de un país a fin de salvaguardar una política determinada que garantizaría el pleno respeto de las obligaciones internacionales en el ámbito financiero, para que se considere justificado su incumplimiento por ser necesario en el marco de este TBI. El estándar de razonabilidad y proporcionalidad no exige tanto”⁹⁵.

Si tenemos en cuenta la interpenetración de factores que explican la situación económica de un Estado en un momento determinado, y que la globalización económica no ha hecho sino aumentar, nos preguntamos como sería posible demostrar que un Estado no ha contribuido de una u otra forma a que sobrevenga una situación de crisis económica que le obliga a incumplir sus obligaciones internacionales. En realidad, cualquier crisis estatal puede ser analizada como un fracaso del sistema financiero de ese Estado, pero también y al mismo tiempo, como una crisis del sistema financiero internacional. Por tanto, no es impensable que cualquier situación de crisis se encuentre salpicada de factores endógenos y exógenos, siendo a veces muy difícil deslindar ambos o dilucidar cual de ellos constituyó realmente una contribución fundamental.

3.2. La doctrina de la necesidad en el marco de las cláusulas de emergencia de los tratados de inversiones

La mayoría de los asuntos citados tenían en común no sólo que se referían a las pérdidas sufridas por inversores norteamericanos en la industria argentina del gas como resultado de los cambios en el cálculo de las tarifas impuestos por el Gobierno de este país a finales de los años noventa, sino también que Argentina había alegado en su defensa para excluir total o parcialmente su res-

94. *Ibid.*, 221.

95. *Ibid.* apdo. 227.

ponsabilidad por el incumplimiento del APPRI suscrito con Estados Unidos el estado de necesidad en el marco del Derecho internacional general y, además, la cláusula de emergencia establecida en el artículo XI de este acuerdo:

“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”.

Si bien el texto de esta disposición no se refiere a crisis o dificultades económicas, todos los laudos coincidieron en afirmar que no se relacionaba exclusivamente con las amenazas políticas o militares sino que abarcaba también las emergencias económicas⁹⁶. De este modo, aunque a través de aproximaciones interpretativas diferentes, todos alcanzan una conclusión semejante, afirmando que el término “intereses esenciales de seguridad” podía también cubrir una crisis económica severa. Sin embargo, los distintos fallos se desvían en cuanto a la valoración del nivel de severidad de la crisis económica argentina. Así, en el asunto *CMS* el Tribunal afirmó que la crisis fue grave, aunque no llevó a un total colapso económico y social⁹⁷. Para este Tribunal, únicamente una crisis económica que ponga en peligro la propia existencia del Estado sería de una

96. Así, el Tribunal arbitral en el asunto *CMS* afirmó que “(...) ninguna norma de costumbre internacional como tampoco el objeto y fin del Tratado, excluyen de por sí las crisis económicas agudas del alcance del Artículo XI”, CIADI, asunto *CMS*, apdo. 359, añadiendo que: “(...) Si el concepto de intereses esenciales de seguridad se limitara a los problemas inmediatos en materia de política y seguridad nacional, en particular de naturaleza internacional, y excluyera otros intereses, por ejemplo las emergencias económicas graves, ello podría dar lugar a una interpretación desequilibrada del Artículo XI”, *Ibid.*, apdo. 360. Por su parte, el tribunal arbitral en el asunto *LG&E* también rechazó la interpretación según la cual el Artículo XI sólo es aplicable a circunstancias relacionadas con la acción militar. En su opinión, concluir que una crisis económica severa no pueda constituir un tema de seguridad nacional sería “(...) minimizar el caos que la economía puede causar en las vidas de una población entera y en la capacidad de dirección del Gobierno. Cuando las bases económicas de un Estado se encuentran sitiadas, la severidad del problema puede compararse con la de una invasión militar”, CIADI, asunto *LG & Energy Corp.*, apdo. 238. Mientras que en el asunto *Continental Casualty*, el Tribunal recordó que: “(...) el Derecho internacional no es ciego al requisito de que los Estados deben poder ejercer su soberanía en defensa de los intereses de su población libres de amenazas internas y externas a su seguridad y al mantenimiento del orden interno”, CIADI, asunto *Continental Casualty Company*, apdo. 175. Y el Tribunal añade: “Es bien sabido que el concepto de seguridad internacional de los Estados en el orden internacional posterior a la Segunda Guerra Mundial se propone abarcar no sólo la seguridad política y militar sino también la seguridad económica de los Estados y su población”.

97. CIADI, asunto *CMS*, apdo. 355.

magnitud suficiente como para cumplir los requisitos de la cláusula de emergencia contenida en el artículo 11 del Acuerdo bilateral, denegando que una situación semejante hubiera existido en Argentina. De forma bastante similar, los tribunales arbitrales en los asuntos *Enron* y *Sempra* encontraron que la crisis que padeció el país austral fue severa, aunque añadieron que para que pudiera afectar a un interés esencial del Estado era necesario que afectara a su propia existencia⁹⁸.

En contraste con esta opinión, en el asunto *LG & Energy* el tribunal analizó brevemente los principales indicadores macroeconómicos y concluyó que “desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 26 de abril de 2003, Argentina estuvo sumida en un período de crisis, durante el cual fue necesario tomar medidas con miras a mantener el orden público y proteger sus intereses esenciales de seguridad”⁹⁹. En opinión de este Tribunal, las condiciones devastadoras por las que atravesó el país —económicas, políticas y sociales— provocaban en conjunto la protección prevista en el artículo XI del TBI para mantener el orden y controlar el descontento de la población¹⁰⁰.

En un sentido igualmente flexible y sin delimitar el periodo de crisis, el Tribunal en el asunto *Continental Casualty* valoró que la crisis dio lugar a un abandono repentino y caótico del dogma fundamental de la vida económica del país¹⁰¹, concluyendo que la invocación de la cláusula de seguridad nacional y la protección de los intereses esenciales de seguridad reconocidos en el Artículo XI no exigía que se hubiera producido efectivamente un colapso total del país, ni una situación catastrófica antes de que las autoridades nacionales responsables pudieran acudir a su protección¹⁰².

98. En el asunto *Sempra*, el Tribunal arbitral afirmó: “(...) El Tribunal no tiene duda acerca de que hubo una crisis grave, y que dentro de ese contexto era poco probable que los negocios pudieran haber seguido como siempre. Sin embargo, el argumento de que dicha situación comprometió la existencia misma del Estado y su independencia, que pudiera calificarse como una situación que afectaba un interés esencial del Estado, no es convincente”, apdo. 348.

99. CIADI, asunto *LG & Energy*, apdo. 226. El Tribunal estimó que la crisis había sido extremadamente severa en los sectores económico, político y social, alcanzando su clímax en diciembre de 2001, cuando amenazó el colapso total del Gobierno y del Estado argentino.

100. CIADI, asunto *LG & Energy Corporation*, apdos. 231–237.

101. CIADI, asunto *Continental Casualty Company*, apdo. 180.

102. *Ibid.* Obsérvese que la opinión de este Tribunal es completamente diferente a la expresada en el asunto *CMS*, donde el Tribunal arbitral observó: “(...) el Tratado está claramente diseñado para proteger las inversiones en momentos de dificultades económicas u otras circunstancias que lleven al Gobierno a adoptar medidas adversas. El problema es por consiguiente establecer cuán graves deben ser esas dificultades económicas. Una crisis aguda no puede necesariamente considerarse equivalente a una situación de colapso total. En ausencia de esas condiciones de profunda gravedad, es evidente que el Tratado prevalecerá sobre la invocación

Como puede observarse, la apreciación de los tribunales sobre la gravedad de la crisis del país austral fue completamente diferente, de lo que podríamos deducir que si un Tratado bilateral de inversiones contiene una cláusula de seguridad nacional las partes podrán estar relativamente seguras de su aplicación para paliar una crisis económica, aunque debido a esta contradictoria doctrina arbitral más dudosa será interpretar la severidad que aquella debe alcanzar para que su aplicación resulte pertinente, lo cual puede tener implicaciones sobre la redacción de estas cláusulas en futuros tratados de inversiones.

Apenas se refirieron los tribunales arbitrales a la posibilidad de que la cláusula de emergencia excluyera la alegación del estado de necesidad en el marco del Derecho internacional general. Como se recordará, entre los límites generales para poder invocar el estado de necesidad, el apartado a) del párrafo 2 del artículo 25 del proyecto de la CDI se refiere a los casos en que la obligación internacional de que se trate excluya explícita o implícitamente la invocación del estado de necesidad. El supuesto más claro es el de aquellos convenios de Derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados que excluyen expresamente la invocación de la necesidad militar. No obstante, la CDI dejó bien claro que también otros convenios, aunque no lo excluyeran explícitamente, debían aplicarse en situaciones anormales de peligro para el Estado responsable y comprometían sus intereses esenciales, por lo que en este caso la imposibilidad de alegar el estado de necesidad se deducía claramente del objeto y fin de la norma¹⁰³, lo cual parece imponer un examen casuístico de cada tratado para dilucidar si su objeto y fin pone de manifiesto la voluntad de los redactores del Tratado de haberse ocupado ya de esta cuestión, agotando la invocación de la necesidad en la propia cláusula de emergencia y, por lo tanto, excluyendo la posibilidad de recurrir a la costumbre internacional. Y el Estado que sostenga lo contrario debería soportar la carga de la prueba para demostrar por qué la invocación del estado de necesidad permanece siendo posible a pesar de la existencia de una cláusula de esta naturaleza¹⁰⁴.

Pese a su importancia, los tribunales arbitrales se ocuparon poco de esta cuestión. Sólo en el Laudo en el asunto *LG & Energy*, el Tribunal afirmó que

del estado de necesidad. Sin embargo, la emergencia y la necesidad podrían adquirir una dimensión diferente si esas dificultades, sin ser en sí mismas catastróficas, llevan a una situación catastrófica que altera y desintegra la sociedad o puede desembocar en el colapso total de la economía", apdo. 354.

103. *Annuaire CDI*, vol. II, 2ª parte (2001), pp. 85 y ss., comentario al artículo 25, apdo. 19.

104. En este sentido, CHRISTAKIS, T., "L'Etat avant le droit? L'exception de sécurité çè national en droit international", *RGDIP*, nº 1 (2008), pp. 5-47 (34).

la inclusión de un artículo autorizando el estado de necesidad en un tratado bilateral de inversión, constituye la aceptación de la posibilidad de que uno de ellos pueda invocar el estado de necesidad¹⁰⁵; mientras que en los asuntos *CMS*, *Enron* y *Sempra*, si bien señalaron que se ocuparían de esta cuestión al analizar la cláusula de emergencia del TBI¹⁰⁶, nunca regresaron sobre ella. Es cierto, no obstante, que cuando abordaron aquel análisis, afirmaron que del objeto y fin del Tratado se deducía que sus disposiciones pretendían aplicarse a situaciones de dificultades y penurias económicas que requieren la protección de los derechos garantizados internacionalmente a sus beneficiarios, de lo que dedujeron que toda interpretación que redunde en una elusión de las obligaciones establecidas no podría conciliarse fácilmente con dicho objeto y fin, por lo que en opinión de estos árbitros esta cláusula debía interpretarse de forma restrictiva¹⁰⁷. Por su parte, el Tribunal arbitral en el asunto *CMS* consideró de forma implícita que el objeto y fin del tratado no impedían alegar la excusa consuetudinaria de la necesidad¹⁰⁸, mientras que el Comité de Anulación del Laudo en este asunto no se refirió a esta cuestión, al menos, de forma explícita¹⁰⁹.

3.3. *Normas primarias versus normas secundarias: Las relaciones entre la cláusula convencional de emergencia y el estado de necesidad consuetudinario*

El país demandado había invocado en apoyo de su argumento, como ya sabemos, la existencia de un estado de necesidad tanto a la luz del Derecho internacional consuetudinario como de las disposiciones del Tratado. Por lo tanto,

105. CIADI, asunto *LG & Energy / Argentina*, Decisión sobre la responsabilidad, apdo. 255.

106. CIADI, asuntos *Enron*, apdo. 310; *Sempra*, apdo. 352.

107. CIADI, asuntos *Enron*, apdo. 331; *Sempra*, apdo. 373.

108. CIADI, asunto *CMS*, apdo. 354.

109. Con todo, en el apdo. 133 de su Decisión, el Comité de Anulación del Laudo en el asunto *CMS* afirmó lo siguiente: “*Si el estado de necesidad significa que ni siquiera ha existido una violación prima facie del TBI, aquél constituiría, conforme a la terminología de la CDI, una norma primaria de Derecho internacional. Pero esto también sucede con el Artículo XI. En otras palabras (...) si el Tribunal quedó convencido de los argumentos basados en el Artículo XI, tendría que haber declarado que no hubo transgresión del TBI. Así interpretados, el Artículo XI y el Artículo 25 cubrirían el mismo ámbito y el Tribunal debería haber aplicado el Artículo XI como lex specialis que regula la materia y no el Artículo 25*”. BJORKLUND, A. K., “Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure”, en MUCHLINSKI, P., ORTINO, F. y SCHREUER, Ch. (eds.), *Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 459-523 (489); estima, no obstante, que implícitamente este Comité de Anulación parece asumir que el Estado demandado retenía el derecho a plantear la excusa consuetudinaria de la necesidad incluso en ausencia de una cláusula de significado semejante en el TBI.

la primera cuestión que habrían debido resolver estos tribunales era la relación entre ambas excusas.

Si bien hay sutiles diferencias en la metodología seguida, lo cierto es que excepto en los Laudos en los asuntos *LG & Energy* y *Continental Casualty*, ningún Tribunal separó estrictamente ambas excusas. Por el contrario, en los asuntos *CMS*, *Enron* y *Sempra* los tribunales expresamente combinan la cláusula de emergencia del Tratado bilateral de inversiones con la excusa de la necesidad en el marco del Derecho internacional general codificada en el artículo 25 del proyecto de la CDI, introduciendo los requisitos de esta última disposición en la valoración del cumplimiento de la cláusula de emergencia del Tratado bilateral, combinando ambas disposiciones en una excusa única e inseparable. Siguiendo esta metodología, el Tribunal en el asunto *CMS* examina en primer lugar la excusa en el marco del Derecho internacional general y a continuación y de forma separada considera la cláusula de emergencia¹¹⁰, sistemática que le lleva a basar en el Derecho internacional general la interpretación de esta última disposición, haciéndolas inseparables. Y la misma dinámica sigue el Tribunal arbitral en el asunto *Sempra*, el cual es bastante explícito en la confrontación de ambos estándares, al señalar:

*“Este Tribunal entiende (...) que la disposición del Tratado es inseparable del estándar establecido en el derecho consuetudinario en lo que se refiere a la definición del estado de necesidad y a las condiciones requeridas para su ejercicio, habida cuenta de que es en el derecho consuetudinario donde se han definido dichos elementos”*¹¹¹.

Es curioso observar, sin embargo, que los tribunales en los asuntos citados se embarcan en esta sistemática sin ni siquiera comprobar si se trata de disposiciones plenamente compatibles, comparar su distinta redacción o, lo más importante, analizar sus relaciones y el cometido que cada una debe desempeñar en el orden jurídico internacional¹¹². El problema para estos tribunales es que el tratado no define los elementos para la correcta invocación del estado de necesidad por lo que consideran que la regla que rige estas cuestiones se encuentra en el Derecho internacional general¹¹³.

110. CIADI, asunto *CMS*, en los apdos. 315-352 el Tribunal revisa el estado de necesidad en el marco del Derecho internacional general y en los apdos. 353-378 analiza la cláusula convencional de emergencia.

111. CIADI, asuntos *Sempra*, apdo. 376; *Enron*, apdo. 333.

112. CIADI, asunto *Enron*, apdo. 333.

113. CIADI, asunto *Sempra*, apdo. 378.

Una consecuencia de esta dinámica es que estos tribunales se limitan a examinar los intereses esenciales de seguridad, aunque la asimilación plena entre ambas disposiciones impide cualquier análisis sustantivo de la viabilidad del tratado para amparar medidas necesarias para mantener el orden público, consecuencia lógica – aunque rechazable – del método seguido. Sin embargo, una atención explícita a la cláusula de emergencia para proteger el orden público plantearía una diferencia clave entre la necesidad consuetudinaria y la cláusula de emergencia. Por otra parte, en la cláusula de emergencia no se habla de peligro grave e inminente como exige la excusa en el marco del Derecho internacional general, lo cual implica importar desde el Derecho internacional general unos estándares extraordinariamente exigentes¹¹⁴.

Frente a esta sistemática, el análisis de esta cuestión por el Tribunal en el asunto *LG & Energy* sigue un razonamiento completamente diferente. Para este Tribunal, el artículo XI del Tratado bilateral de inversiones era el punto de partida esencial para examinar las alegaciones de Argentina y, en segundo lugar, aplicaría el Derecho internacional general en la medida en que fuera necesario para la interpretación y aplicación de aquella disposición¹¹⁵. De este modo, el Tribunal encontró que las condiciones exigidas en el artículo XI del tratado bilateral se reunían en virtud de la necesidad de las medidas argentinas para el mantenimiento del orden público y la protección de los intereses esenciales de

114. En el asunto *CMS*, el tribunal resolvió esta cuestión considerando si todos los requisitos impuestos por el artículo 25 del proyecto de la CDI se cumplían y encontró que no era el caso. Pero el problema es que no realizó una revisión separada de los requisitos del artículo XI del APPRI. En el asunto *Enron*, el Tribunal también consideró la aplicación del artículo 25 del proyecto de la CDI en primer lugar y sólo a continuación el artículo XI del APPRI. Sobre esta cuestión, la defensa de Argentina alegó expresamente que el régimen del tratado era *lex specialis*, diferente y separada del Derecho internacional general. Sin embargo, el Tribunal estimó que aunque era cierto que un tratado que abordara específicamente un asunto específico prevalecía sobre las reglas del Derecho internacional general, estimó que el propio tratado no trataba con estos elementos por lo que era necesario recurrir a las condiciones para la válida invocación de esta excusa en el Derecho internacional general, CIADI, asunto *Enron*, apdo. 334; en lugar de comenzar sus consideraciones analizando en primer lugar las disposiciones del Tratado y recurriendo únicamente a los artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado como un medio suplementario. De forma más o menos similar en el asunto *Sempra*, el Tribunal abordó las relaciones entre la cláusula de emergencia prevista en el artículo XI del APPRI Argentina – Estados Unidos y la excusa del estado de necesidad en el Derecho internacional general afirmando: “(...) *el problema en este caso es que el propio Tratado no se ocupó de los elementos jurídicos necesarios para la legítima invocación del estado de necesidad. La norma aplicable a dichas materias se encontrará por consiguiente en el derecho consuetudinario (...) El Derecho internacional no es un cuerpo jurídico fragmentado en lo que se refiere a principios básicos y la necesidad es sin duda alguna uno de dichos principios básicos*”, CIADI, asunto *Sempra*, apdo. 378.

115. CIADI, asunto *LG & Energy*, apdo. 206.

seguridad. Y a continuación este Tribunal se refirió al artículo 25 del proyecto de la CDI únicamente como medio adicional para fundamentar y reforzar la conclusión que ya había alcanzado sobre la aplicación del artículo XI del Tratado bilateral¹¹⁶.

Y este mismo enfoque para resolver el problema de la selección de la norma a aplicar fue sustancialmente seguido en 2007 por el Comité *ad hoc* sobre la solicitud de anulación del Laudo en el asunto *CMS*¹¹⁷. Este Comité afirmó que el tribunal arbitral en aquel asunto había cometido dos errores de derecho en el tratamiento de la excusa del estado de necesidad, dado que la función y las condiciones sustantivas de la cláusula de emergencia contenida en el artículo XI del Tratado bilateral y en el proyecto de artículos de la CDI eran distintas. De este modo, el enfoque consistente en la asimilación e inserción de los requisitos exigidos en el marco de la excusa consuetudinaria en la cláusula de emergencia contenía un primer error que se relacionaba con los distintos requisitos exigidos en una y otra excusa¹¹⁸. A continuación, criticó el Laudo en el asunto *CMS* por asumir meramente que ambas excusas respondían a las mismas condiciones,

116. *Ibid.*, apdos. 245-58.

117. Un Comité de Anulación del CIADI, compuesto por Gilbert Guillaume (Presidente), Nabil Elaraby y James R. Crawford (árbitros); adoptó un Informe severamente crítico con el fallo arbitral en el asunto *CMS Gas Transmission Company*, vid. *CMS Gas Transmission Company / Argentina*, CIADI nº ARB/01/8, Procedimiento de anulación, Decisión del Comité *ad hoc* sobre la solicitud de anulación de la República Argentina, de 25 de septiembre de 2007; señalando que el Tribunal había realizado una aplicación consuetudinaria del estado de necesidad cuando debía haber aplicado el art. XI del Tratado bilateral de inversiones entre Argentina y Estados Unidos como *lex specialis*, disposición que autoriza a las partes a adoptar medidas necesarias para salvaguardar sus intereses esenciales de seguridad y orden público. Para un análisis puede verse, BURKE-WHITE, W. W., "The Argentina Financial Crisis: State Liability Under BITS and the Legitimacy of the ICSID System", *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, vol. 4 (2009), nº 1, pp. 199-234; REINISCH, A., "Necessity in International Investment Arbitration – An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases?", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8 (2007), pp. 191-214; SCHILL, S., "International Investment Law and the Host State's Power to Handle Economic Crises – Comment on the ICSID Decision in *LG & E v. Argentina*", *Journal of International Arbitration*, vol. 24 (2007), pp. 211 y ss.; WAIBEL, M., "Two Worlds of Necessity in ICSID Arbitration: CMS and LG&E", *Leiden Journal of International Law*, vol. 20 (2007), pp. 637-648.

118. Sobre ello, el Comité de anulación señaló: "(...) el Artículo XI es sustancialmente distinto del Artículo 25. El primero comprende medidas necesarias para la conservación del orden público o la protección de los intereses de seguridad esenciales de cada Parte, sin calificar dichas medidas. Por su parte, el segundo supedita el estado de necesidad al cumplimiento de cuatro condiciones. Éste requiere, por ejemplo, que la acción tomada 'no perjudique seriamente un interés esencial del Estado o Estados respecto de los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto', requisito que es ajeno al Artículo XI", CIADI, Comité de Anulación del Laudo en el asunto *CMS*, apdo. 130.

sin ni siquiera entrar a analizar sus posibles relaciones. Frente a ello, señaló que los requisitos de ambas disposiciones no sólo no eran similares, sino que eran sustancialmente diferentes.

El segundo error hacía referencia a las relaciones entre ambas excusas y el orden que el Tribunal debería haber seguido para su aplicación. Sobre ello el Comité señaló que el Tribunal no se había limitado a considerar la excusa en el marco del Derecho internacional general como subsidiaria de la cláusula convencional de emergencia contenida en el artículo XI del Tratado bilateral de inversiones. Según el Comité, el artículo 25 del proyecto de la CDI era una excusa que sólo era relevante una vez que se había decidido que hubo un incumplimiento de las obligaciones sustantivas del Tratado. Por el contrario, si se aplicaba el artículo XI del APPRI las obligaciones sustantivas de este tratado no eran aplicables¹¹⁹. Teniendo ambos textos una operación y contenido diversos, el Tribunal tuvo que tomar, en opinión del Comité, una posición sobre sus relaciones y decidir si ambas tenían aplicación en el asunto. Sin embargo, como ya sabemos, el Tribunal arbitral en el asunto *CMS* no entró en ese análisis, asumiendo simplemente que ambas excusas tenían un mismo fundamento¹²⁰. Y a continuación, el Comité procede a clasificar ambas normas como primarias o secundarias siguiendo la terminología empleada por la CDI en su proyecto de artículos¹²¹. En opinión del Comité, el artículo XI es una regla primaria de forma que si se aplica no habría violación del tratado bilateral de inversiones¹²². Por el contrario, el artículo 25 podría ser una norma secundaria, aplicándose

119. Sobre la función de ambas normas, el Comité de anulación señaló: “(...) el Artículo XI es un requisito de piso: si se cumple, las obligaciones sustantivas bajo el Tratado no tienen aplicación. Por el contrario, el Artículo 25 es una excusa que sólo es relevante una vez que se ha sido decidido que, de otra forma, dichas obligaciones sustantivas han sido incumplidas”, CIADI, Comité de Anulación del Laudo en el asunto *CMS*, apdo.129.

120. *Ibid.*, apdo. 131.

121. Más allá de las excelentes aportaciones teóricas a la Teoría General del Derecho, la incorporación en el proyecto de artículos de esta clasificación entre normas primarias y secundarias se debe al Relator especial Roberto Ago. Las segundas no identifican lo que constituye un hecho ilícito sino únicamente si las obligaciones primarias han sido violadas y sus consecuencias. Sobre esta distinción puede verse, entre otros, COMBACAU, J. y ALLAND, D., “Primary and Secondary Rules in the Law of State Responsibility: Categorizing International Obligations”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16 (1995), pp. 81 y ss. A pesar de sus virtudes sistematizadoras, la distinción entre normas primarias y secundarias no es, en realidad, sencilla en cuanto afecta a la relación entre responsabilidad e ilicitud. Y el Comité de Anulación en el asunto *CMS* parece mantener esta duda cuando afirma en el apdo. 132: “Aunque es pertinente preguntarse si el estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario se refiere a la cuestión de la ilicitud o de la responsabilidad, en todo caso la excusa fundada en el derecho internacional consuetudinario sólo puede ser subsidiaria a la exclusión basada en el Artículo XI”.

122. *Ibid.*, apdo. 133.

sólo en la hipótesis en que hubiese habido una violación de una norma primaria¹²³. Finalmente, el Comité se refirió a la sistemática que el Tribunal en el asunto *CMS* debería haber seguido:

“(...) Únicamente si el Tribunal hubiese concluido que la conducta no se conformó al Tratado, habría tenido que considerar si la responsabilidad de Argentina podía ser excluida total o parcialmente conforme al derecho internacional consuetudinario (...) Los dos errores en que el Tribunal incurrió podrían haber tenido un impacto decisivo en la parte resolutive del Laudo”¹²⁴.

A pesar de los errores identificados por este Comité, su Informe no da lugar a la anulación del Laudo en el asunto *CMS* dado que no existió extralimitación manifiesta de facultades según la limitada jurisdicción de estos comités en el marco del artículo 52 del Convenio CIADI¹²⁵. Al fin y al cabo, el Tribunal arbitral en el asunto *CMS* aplicó el artículo XI del APPRI Argentina – Estados Unidos, aunque es cierto que de manera críptica, ambigua y defectuosa. Sobre ello, el Comité de Anulación recuerda que no puede imponer su visión del Derecho y apreciación de los hechos sobre los del Tribunal¹²⁶. Por tanto, a pesar de los errores y vacíos identificados, el Laudo en el asunto *CMS* sigue siendo válido. Y tampoco es posible anticipar si los futuros tribunales seguirán el razonamiento de este Comité de anulación. Desde un punto de vista formal, en el sistema del CIADI la Decisión del Comité de Anulación no tiene una eficacia jurisprudencial mayor que un Laudo. Si embargo, teniendo en cuenta las contradicciones detectadas, la oportunidad en el tiempo de esta revisión, los límites circunscritos sobre los que opera y, especialmente, los eminentes especialistas de Derecho internacional público que conformaron este Comité; es muy probable que las opiniones vertidas en esta decisión sobre las controvertidas cuestiones confrontadas en los asuntos examinados tengan un peso especial en cuanto

123. Contra puede verse el trabajo de ÁLVAREZ, J. y KHAMSI, K., “The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime”, *International Law and Justice Working Papers*, n° 2008/5, New York University School of Law. Estos autores sugieren que: “It is also anachronistic to assume (...) that the negotiators of U.S. BITs (...) had, long before the ILC completed and released its Articles of State Responsibility, not only readily absorbed the implications of the ILC’s distinctions between “primary” or “secondary” rules of international law but had sought to replicate these (sub silentio) in these treaties”, pp. 47-48.

124. CIADI, Comité de Anulación del Laudo en el asunto *CMS*, apdos. 134–135.

125. Como es sabido, en el sistema del CIADI no hay un sistema formal de apelación para revisar la apreciación de las cuestiones jurídicas que ha realizado un determinado tribunal arbitral, sino sólo y exclusivamente un vía de anulación fundada sobre determinados argumentos establecidos en el art. 52 del Convenio CIADI.

126. CIADI, Comité de Anulación del Laudo en el asunto *CMS*, apdo. 136.

a las relaciones entre el Derecho internacional general y los tratados en materia de inversiones. En este sentido, parecen tener razón aquellos que han afirmado que: “(...) given the clarity and substance of the committee’s ruling (...) the report is likely to have persuasive effect on these pending cases”¹²⁷.

Y esta influencia se ha hecho notar en el asunto *Continental Casualty Company*, fallado en 2008, en el que el Tribunal arbitral enfatizó –siguiendo esta sistemática– las diferencias entre la cláusula de emergencia del artículo XI del APPRI Argentina-Estados Unidos y el test mucho más severo exigido por la excusa consuetudinaria de la necesidad¹²⁸. Una vez delimitadas ambas excusas, este Tribunal arbitral procedió a aclarar el significado de la cláusula de emergencia¹²⁹, inspirándose en la doctrina del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC sobre la interpretación del artículo XX GATT¹³⁰, que trata de forma extensiva del concepto y los requisitos de la necesidad en el contexto de las medidas económicas¹³¹. Para seguir esta dinámica, el Tribunal estimó que el

127. KÜRTZ, J., “ICSID Annulment Committee Rules on the Relationship between Customary and Treaty Exceptions on Necessity in Situations of Financial Crisis”, *ASIL Insight*, International Economic Law vol. 11 (2007), n° 30, <http://www.asil.org/insights/2007/12/insights071220.html>.

128. CIADI, asunto *Continental Casualty Company*, apdos. 160–168.

129. El Tribunal rechazó la petición del demandante para interpretar de forma restrictiva esta cláusula de emergencia, observando que: “*las acciones necesarias adoptadas debidamente por el Gobierno central para preservar o restablecer la paz civil y la vida normal de la sociedad (especialmente de una sociedad democrática como la de Argentina), para evitar y reprimir acciones ilícitas y disturbios que puedan quebrantar dicha paz civil y posiblemente amenazar el orden jurídico, aunque se deban a problemas económicos y sociales importantes, y, por lo tanto, con el fin de hacer frente a estos problemas y tratar de eliminarlos, se encuadran dentro del Artículo XI*”, CIADI, asunto *Continental Casualty Company*, apdo. 174.

130. Vid. artículo XX Acuerdo GATT (y XVI Acuerdo GATS): “(...) ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: a) necesarias para proteger la moral pública; b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales (...)”.

131. Para determinar si una medida estatal es o no necesaria en el contexto del artículo XX del Acuerdo GATT, los Grupos Especiales de la OMC han observado que el alcance de la palabra “necesaria[s]” (...) no se limita a lo que es “indispensable” o “de absoluta necesidad” o “inevitable”, sino que otras medidas (que no sean indispensables) también pueden quedar comprendidas en el ámbito de esta excepción, Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Corea – Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, WT/DS161/AB/R, de 11 de diciembre de 2000, apdo. 161. Asimismo, estos Grupos han observado que la necesidad de una medida debe determinarse mediante un proceso en el que se sopesa y se confronta una serie de factores, lo que por lo general incluye una evaluación de los siguientes tres factores: la importancia relativa de los intereses o valores que la medida impugnada tiene por objeto proteger, la contribución de la medida a la realización de los fines por ella perseguidos, y los efectos restrictivos de la medida en el comercio internacional, vid. Informe del Grupo Especial en el asunto *Brasil – Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*, WT/DS332/R, de 12 de junio de 2007; resumiendo la doctrina del Órgano de Apelación en los asuntos *Corea – Diversas*

artículo XI del TBI provenía del modelo paralelo de la cláusula de los tratados de amistad, comercio y navegación de Estados Unidos, los cuales reflejan la formulación del Artículo XX del GATT de 1947, por lo que concluyó que era más adecuado remitirse a la doctrina de los órganos de solución de diferencias del GATT y la OMC¹³² que al Derecho internacional general. A continuación, procedió a evaluar si las medidas del Gobierno argentino contribuyeron sustancialmente al logro de sus legítimos objetivos conforme a la cláusula de emergencia, a saber, la protección de los intereses esenciales de seguridad de Argentina en la crisis socioeconómica que encaraba; y más concretamente, si eran adecuadas para contribuir sustancial o decisivamente a tal fin; para evaluar seguidamente si el Gobierno argentino dispuso razonablemente de alternativas menos restrictivas¹³³ y si éstas habrían evitado la adopción de las medidas

medidas que afectan a la carne de vacuno, apdo. 164; *CE – Amianto*, apdo. 172; *Estados Unidos – Juegos de azar*, apdo. 306; *República Dominicana – Importación y venta de cigarrillos*, apdo. 70. Sobre la necesidad en estos asuntos, puede verse, entre otros, NEUMANN J. y TUERK, E., “Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law after Korea Beef, EC Asbestos and EC Sardines”, *Journal of World Trade*, vol. 37 (2003), n° 1, pp. 199-233.

132. CIADI, asunto *Continental Casualty Company / Argentina*, apdo. 192.

133. La distinción más significativa entre el método de la alternativa menos restrictiva desarrollado por los grupos especiales de la OMC y aplicado por el tribunal arbitral en el asunto *Continental Casualty* y la dinámica seguida por los otros laudos se relaciona con la naturaleza de las medidas alternativas a disposición del Gobierno argentino. Mientras que en los otros fallos se rechazó la alegación de la excusa de la necesidad debido a la posible existencia de políticas alternativas que el Gobierno del país austral podría haber llevado a cabo, en el asunto *Continental Casualty* el Tribunal se pregunta en su lugar si este Gobierno tuvo a su disposición la posibilidad de ejecutar de forma razonable medidas alternativas que hubiesen cumplido los objetivos que se pretendían, en particular, la protección de sus intereses esenciales de seguridad; y hubiesen sido, al mismo tiempo, menos incompatibles con las obligaciones internacionales de este país. Se trata del test de la alternativa razonablemente menos restrictiva utilizada por los grupos especiales de la OMC, vid., en particular, el asunto ante el Órgano de Apelación “Estados Unidos – Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas”, WT/DS285/AB/R, de 7 de abril de 2005, apdo. 308. O del test de la necesidad también utilizado por el TJVE en el marco del análisis de los obstáculos al comercio y la posibilidad de que se amparen en las excepciones del artículo 30 CE o en exigencias imperativas. Para ello, el Tribunal se basa, entre otras condiciones, en que la medida sea la alternativa razonable menos restrictiva, análisis que algunos han denominado el test de la sustitución, vid. BLUMANN, C. y DUBOIS, L., *Droit matériel de l’Union européenne*, Montchrestien, 4.ª ed., 2006, pp. 276 y ss.; y en nuestra doctrina, STOFFEL VALLOTTON, N., *La prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías en la Comunidad Europea. Evolución de la práctica en los Estados miembros y en la jurisprudencia comunitaria*, Dykinson, Madrid, 2000. Pero al mismo tiempo, el Tribunal arbitral en el asunto *Continental Casualty* se apoya de forma simultánea en el enfoque del margen de apreciación, desarrollado por el TEDH en su jurisprudencia, la cual había sido alegada por Argentina en su contestación a la demanda. En este sentido, el Tribunal arbitral reconoció expresamente que en esta evaluación objetiva debía otorgarse un margen importante de apreciación al Estado que aplica la

impugnadas, alcanzando de todo ello una conclusión negativa y eximiendo de responsabilidad al país demandado¹³⁴.

El problema planteado en estos asuntos no parece ser otro que el de la selección de la norma a aplicar para solucionar la controversia planteada y la interpretación de los tratados. La propia estructura de los arts. 31 y 32 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados sugiere un método ordenado que el operador jurídico internacional debe seguir y que sitúa el tratado en el centro de la norma a aplicar. A pesar de ello, no es fácil discernir si la cláusula de emergencia constituye o no una *lex specialis* que excluya la costumbre¹³⁵. La tarea se complica, además, porque existe cierta analogía entre el lenguaje utilizado en esta cláusula y el empleado en el artículo 25 del proyecto de la CDI. La primera menciona las medidas “necesarias” y el segundo se refiere al “estado de necesidad”. Además, hay un vínculo entre los dos tipos de disposiciones en cuanto ambas intentan proporcionar flexibilidad en la aplicación de las obligaciones internacionales, reconociendo que la necesidad de proteger los intereses nacionales de importancia fundamental puede justificar suspender una obligación o impedir la atribución de responsabilidad por su incumplimiento. Asimismo, el resultado práctico de aplicar la exención prevista en la cláusula de emergencia, en lugar de la defensa del estado de necesidad, puede ser la misma: condonar una conducta que de otro modo sería ilícita y eliminar, por lo tanto, la responsabilidad del Estado. Sin embargo, el Artículo XI especifica las condiciones bajo las cuales el Tratado puede ser aplicado, mientras que el Artículo 25 está redactado de manera

medida específica en el marco del artículo XI del TBI, apdo. 187. Y reforzó esta conclusión citando con aprobación la referencia que Argentina había realizado a la jurisprudencia del TEDH, en particular, a la STEDH, asunto *Jahn y otros / Alemania*, de 30 de junio de 2005, en la que el TEDH señaló: “Debido a su conocimiento directo de su sociedad y sus necesidades, las autoridades nacionales están en principio en mejor posición que los jueces internacionales para determinar qué medidas son ‘de interés público’ (...) las autoridades nacionales, por lo tanto, gozan de algún margen de apreciación”.

134. Defendenden este enfoque, BURKE-WHITE, W. y VON STADEN, A., “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 48 (2008), pp. 307 y ss. (348); quienes afirman: “(...) *the least restrictive alternative approach developed by the GATT and WTO panels offers perhaps the best middle ground for balancing the legitimate expectations of both states and investors*”.

135. Puede recordarse, en este sentido, el dictum de la CIJ en el asunto *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, Sentencia de 20 de julio de 1989 (Estados Unidos / Italia), *C.I.J. Recueil 1989*, p. 15 (42), apdo. 50, donde al referirse a la regla del agotamiento de los recursos internos, la Corte señala: “(...) la Chambre ne saurait accepter qu’*on considère qu’un principe important du droit international coutumier a été tacitement écarté sans que l’intention de l’écarter soit verbalement précisée*”.

negativa: éste excluye la aplicación del estado de necesidad en el fondo, a menos que se reúnan ciertos requisitos estrictos.

Teniendo en cuenta que la cláusula de emergencia proviene del modelo de tratado de inversiones de Estados Unidos, que a su vez se deriva de los modelos de tratados de amistad, comercio y navegación de los Estados Unidos, quizás esta cláusula de emergencia deba ser entendida a la luz de su historia, prestando especial atención a estas circunstancias históricas para interpretar las expresiones utilizadas en el Artículo XI y su objeto y finalidad en general¹³⁶. Y sobre ello puede decirse que hay múltiple factores que condujeron a los Estados a establecer una amplia red de tratados de inversiones en las décadas siguientes a la finalización de la Segunda Guerra Mundial. Desde la perspectiva de los principales países exportadores, la más fundamental fue la convicción de que la costumbre internacional era insuficiente para proteger adecuadamente a sus inversores en el exterior, por lo que creyeron necesario establecer disposiciones convencionales específicas para regular la conducta de terceros Estados frente a sus nacionales que fuera mucho más protectora de lo que hasta ese momento lo había sido la costumbre internacional. Esto no quiere decir, sin embargo, que todos los elementos de la costumbre fueran desplazados en esos nuevos tratados porque muchos de ellos vinculan expresamente la obligación de acordar un trato leal y equitativo con el Derecho internacional general¹³⁷. Este vínculo expreso evidencia la intención de los redactores del tratado para incorporar la costumbre sobre el estándar mínimo internacional que se debe otorgar a los extranjeros en la disposición convencional correspondiente. Podría pensarse que los Estados partes en esos tratados estaban seleccionando aquellas partes de la costumbre que deseaban incorporar por referencia en el tratado y, en ausencia de esta remisión, el tratado se aparta de la costumbre como ocurre con las disposiciones relativas a la expropiación o las reglas sobre solución de controversias, que claramente se oponen a la costumbre internacional. De ello podría deducirse que hay buenas razones para pensar que la cláusula de emergencia del APPRI Argentina – Estados Unidos constituye una *lex specialis* que establece una excusa distinta de la cláusula consuetudinaria relativa al estado de necesidad fundamentalmente porque no hay ninguna vinculación textual entre

136. De acuerdo con el artículo 32 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular, a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31 o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31 (...) deje ambiguo u oscuro el sentido.

137. Vid., en este sentido, el artículo II (2) a) APPRI Argentina – Estados Unidos.

ellas, algo que sí se ha hecho cuando en el tratado han querido vincular expresamente una disposición convencional con la costumbre.

Algunos autores han señalado que es completamente contradictorio que este nuevo tipo de tratados, cuyo principal objetivo era reforzar la protección de los inversores en el exterior, ofrezca una cláusula de emergencia mucho más flexible que la excusa consuetudinaria del estado de necesidad¹³⁸. Sin embargo, todo parece indicar que cuando estos tratados se negociaron fue necesario incluir ciertas cláusulas flexibles a cambio de una seria limitación de la soberanía estatal en el trato de los inversores extranjeros, entre las que pueden incluirse estas cláusulas de emergencia. Así lo demuestra un distinguido autor que participó en la redacción de los tratados de inversiones de Estados Unidos durante muchos años. En efecto, según VANDEVELDE, en la práctica de los tratados de Estados Unidos desde la Segunda Guerra Mundial se había reconocido que el interés en proteger a sus inversiones en el exterior podía subordinarse a algunos otros intereses nacionales, fundamentalmente, la protección de la seguridad nacional, la salud y el bienestar de la población¹³⁹. Por lo tanto, en estos tratados se han incluido disposiciones que permiten a Estados Unidos negar protección a la inversión extranjera en su territorio cuando ello fuera necesario para atender a estos otros intereses¹⁴⁰. Según este autor, el precio pagado por Estados Unidos por reservarse el derecho a derogar la protección otorgada sobre la base de dicho fundamento ha sido el reconocimiento de un derecho equiparable a favor de las otras partes con las que se han celebrado estos tratados¹⁴¹.

Todo esto no quiere decir, sin embargo, que la costumbre internacional deba excluirse por completo de la interpretación del Tratado. En realidad, el Derecho internacional general se aplicaría como medio de asistencia en la interpretación de las disposiciones del tratado¹⁴². Ni tampoco implica que se excluya

138. ÁLVAREZ, J. y KHAMSI, K., "The Argentine Crisis and Foreign Investors...", p. 49.

139. VANDEVELDE, K. J., *United States Investment Treaties, Policy and Practice*, Kluwer, Deventer-Boston, 1992, p. 222.

140. *Ibid.*

141. *Ibid.*

142. Así, por ejemplo, en el asunto *Plataformas petrolíferas*, la CIJ aplicó la norma general relativa al uso de la fuerza para dar sentido a la *lex specialis* pertinente constituida por una cláusula de seguridad del Tratado de Amistad de 1955 entre Estados Unidos e Irán, en particular, el artículo XX.1 d) de este Tratado, que establecía una excepción sobre las medidas necesarias para la protección de los intereses vitales de seguridad, CIJ, asunto *Plataformas petroleras* (fondo), Irán / Estados Unidos, Sentencia de 6 de noviembre de 2003, *CIJ Rec. 2003*, p. 161 (182), apdo. 41. De forma similar, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos afirmó en el asunto *AMOCO International Finance Corporation / Irán* afirmó: "Como *lex specialis* en las relaciones entre los dos países, el Tratado prevalece sobre la *lex generalis*, es decir, el Derecho interna-

la posibilidad de aplicación de las normas secundarias sobre la responsabilidad del Estado para proveer una defensa independiente frente a la violación del Tratado. El estado de necesidad como circunstancia que excluye la ilicitud se encuentra en la Parte I del proyecto de artículos y como tal es potencialmente aplicable a cualquier hecho ilícito internacional que genere la responsabilidad del Estado. Pero estas reglas secundarias sólo serán aplicables en la medida en que por implicación no hayan sido necesariamente excluidas por la redacción expresa del Tratado. Si, como ocurre aquí, la regla consuetudinaria establece un test más estricto que las normas del tratado, es bastante improbable que tengamos que recurrir de forma separada a la costumbre.

Así pues, podría pensarse que si los tribunales en estos asuntos hubieran seguido la metodología correcta, habrían aplicado la cláusula de emergencia sin necesidad de referirse al Derecho internacional general, salvo para reforzar su conclusión. Desde esta perspectiva no habría ninguna necesidad de exigir flexibilidad a la hora de interpretar la excusa consuetudinaria de la necesidad cuando se trate de asuntos financieros que no afecten a los riesgos expresados por la CDI para que esta cláusula no se convierta en una válvula de escape para el uso de la fuerza en el marco de la legítima defensa preventiva o de la intervención por causa de humanidad.

No obstante, también puede ocurrir que el tratado bilateral no contenga ninguna cláusula de emergencia y entonces deba recurrirse directamente a la costumbre. Esto fue precisamente lo que ocurrió en los asuntos *BG Group plc*.¹⁴³ y *National Grid P.L.C.*¹⁴⁴, fallados por tribunales arbitrales constituidos en el marco de UNCITRAL, ante los que se debatía el incumplimiento por Argentina del Tratado bilateral de inversiones suscrito con el Reino Unido, cuyo texto no contempla ninguna cláusula de emergencia similar a la que hemos venido analizando. Además, en el segundo de estos fallos, el demandante planteó la objeción persistente del Reino Unido al estado de necesidad, alegación que fue rechazada por el Tribunal señalando que aunque era cierto que este país tenía una larga tradición en su oposición a la excusa del estado de necesidad, como lo probaba

cional consuetudinario. No obstante, ello no significa que éste sea irrelevante en el presente caso. Por el contrario, las normas del Derecho consuetudinario pueden ser útiles para colmar las posibles lagunas del Tratado, para esclarecer el significado de ciertos términos que no se definen en su texto o, con carácter más general, para facilitar la interpretación y la aplicación de sus disposiciones”, *Iran – U.S. C.T.R.*, 1987-II vol. 15, p. 222.

143. UNCITRAL, Sentencia arbitral de 24 de diciembre de 2007, asunto *BG Group plc. / Argentina*.

144. UNCITRAL, Sentencia arbitral de 3 de noviembre de 2008, asunto *National Grid P.L.C. / Argentina*.

la ausencia de cláusula de emergencia en este tratado¹⁴⁵, esta práctica había conocido, no obstante, algunas excepciones. En este sentido, el Tribunal recordó la controversia anglo-portuguesa de 1832, en la que el Gobierno portugués invocó la necesidad urgente de atender la subsistencia de unos contingentes utilizados para reprimir disturbios internos, lo que en su opinión justificaba la confiscación de bienes pertenecientes a nacionales británicos, a pesar de las estipulaciones de un tratado; excusa que fue aceptada en nombre de la necesidad por el Gobierno británico¹⁴⁶. A continuación, el Tribunal arbitral afirmó que los artículos de la CDI representaban el Derecho internacional consuetudinario y teniendo en cuenta que las partes en este tratado no habían acordado excluir su aplicabilidad, cualquiera de las partes podía legítimamente alegarla. Finalmente, el Tribunal procedió a examinar si se cumplían los requisitos del artículo 25 del proyecto de la CDI para la válida invocación por parte de Argentina del estado de necesidad, alcanzando una conclusión negativa debido fundamentalmente a la contribución del Gobierno argentino al acaecimiento de la crisis económica.

Nos encontramos entonces con una aparente contradicción porque algunos tratados de inversiones concluidos después de la Segunda Guerra Mundial, en particular, por los países europeos, no contienen una cláusula de emergencia, lo que quiere decir que frente a una situación de emergencia se aplicará el estado de necesidad en el marco del Derecho internacional general, cuyas condiciones son –como ya sabemos– muy restrictivas, lo cual implicaría una mayor protección para los inversores dado que sería mucho más difícil para un Estado justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales frente a una situación de emergencia¹⁴⁷. En realidad, el problema quizás sea más sencillo y de lo que se trataría sería simplemente de que los tribunales internacionales

145. *Ibid.*, apdo. 256.

146. El Gobierno británico estimó que: “los tratados concertados entre este país y Portugal [no] son tan rígidos ni inflexibles que no puedan modificarse en circunstancia alguna o que sus cláusulas deban ser acatadas tan estrictamente que se prive al Gobierno de Portugal del derecho a utilizar medios que puedan ser absoluta e indispensablemente necesarios para la seguridad, e incluso, la existencia misma del Estado. El alcance de la necesidad que justifique una confiscación de esa índole de los bienes de súbditos británicos dependerá de las circunstancias particulares del caso, pero la necesidad debe ser inminente y urgente”. El texto puede encontrarse en McNAIR, A. D. (ed.), *International Law Opinions*, University Press, Cambridge, 1956, vol. II, p. 231; CRAWFORD, J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 179.

147. Contra puede verse, ÁLVAREZ, J. y KHAMSI, K., “The Argentine Crisis and Foreign Investors...”, *op. cit.*, p. 49; quienes señalan que la ausencia de esta cláusula en los APPRI europeos implicaría una mayor protección que el modelo de tratado norteamericano, a pesar de que el Departamento de Estado de Estados Unidos comunicó al Senado de este país que el nuevo modelo ofrecía la mayor protección de los inversores jamás alcanzada.

les interpreten de forma más flexible las condiciones establecidas por la CDI cuando los riesgos que este órgano trató de conjurar con aquella redacción tan restrictiva no se hallen en peligro. Recordemos una vez más que la razón por la cual las condiciones del artículo 25 del proyecto de la CDI. La razón se debe – pensamos – a que es una circunstancia específicamente diseñada para evitar que bajo la excusa de la necesidad la prohibición del uso de la fuerza pudiera vaciarse de contenido en aquellos supuestos de usos menores que no implicaran una agresión. Pero quizás haya buenas razones para insistir en que estas condiciones están pensadas para ese contexto específico, por lo que es altamente cuestionable que la habilidad de un Estado para responder frente a una crisis financiera deban constreñirse a través de la aplicación de unos requisitos tan estrictos pensados para un supuesto muy específico. Al fin y al cabo, se trata sólo de reconocer una suspensión temporal de la obligación, la cual continúa existiendo cuando la situación de necesidad desaparezca¹⁴⁸. Se trata, no obstante, de una operación no exenta de riesgos que haría prevalecer el casuismo sobre la seguridad jurídica y la estabilidad de las obligaciones internacionales.

3.4. *Las consecuencias de la invocación del estado de necesidad*

La mayoría de los fallos coincidieron en afirmar el principio de que la excusa de la necesidad sólo operaba para excluir la ilicitud de un hecho ilícito internacional en tanto la situación persistía – según contempla el artículo 27 del proyecto de artículos de la CDI¹⁴⁹ – aunque hay diferencias sobre la apreciación de los efectos de este principio sobre la obligación de proveer una compensación por las pérdidas causadas. Para dilucidar este aspecto, esos fallos acogen como guía el apartado b) de esta disposición del proyecto de la CDI, referido a las consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud, el cual establece que la invocación de una de estas circunstancias se entenderá

148. Vid. artículo 27 del Proyecto de artículos de la CDI sobre la responsabilidad internacional del Estado. Este principio fue afirmado por el Tribunal arbitral en el asunto *Rainbow Warrior* (Nueva Zelanda / Francia), *UNRIIAA*, vol. XX, p. 217 (1990), pp. 251-252, apdo. 75; y con mayor claridad por la CIJ en el asunto *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, al examinar el argumento de Hungría de que la ilicitud de su comportamiento por cesar los trabajos relativos al proyecto quedó excluida en virtud de un estado de necesidad, la CIJ observó que “[T]an pronto como desaparece el estado de necesidad, renace la obligación de cumplir las obligaciones dimanantes del tratado”, *CIJ Rec. 1997*, p. 63, apdo. 101.

149. CIADI, asuntos *CMS*, apdos. 379-382; *LG & Energy*, apdos. 230, 261, 263 y 265; *Enron*, apdo. 343; *Sempra*, apdo. 392.

sin perjuicio de la cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión.

Basándose en esta disposición del proyecto de artículos de la CDI, el Tribunal en el asunto *CMS* sostuvo que la invocación del estado de necesidad podía excluir la ilicitud de un acto, pero no excluía el deber de indemnizar al titular del derecho que debió sacrificarse¹⁵⁰. Y esencialmente la misma posición adoptaron los tribunales arbitrales en los asuntos *Enron* y *Sempra*¹⁵¹. En estos tres laudos, este aspecto del fallo fueron *obiter dicta* en cuanto ninguno de ellos encontró que se habían reunido las condiciones del estado de necesidad en el marco del Derecho internacional general o de la cláusula de emergencia del tratado bilateral de inversiones. Pese a ello, en los laudos en los asuntos *CMS* y *Sempra* los tribunales indicaron que la crisis argentina sería tenida en cuenta para determinar el monto de la indemnización. Y en el asunto *Enron*, aunque el Tribunal no lo señaló expresamente, tomó la crisis en consideración a la hora de calcular la indemnización¹⁵².

Este enfoque también fue criticado por el Comité de Anulación en el asunto *CMS*, cuya decisión señala que el artículo 27 del proyecto de artículos de la CDI no era relevante para resolver la cuestión de si el demandado debía pagar una indemnización a pesar de aplicarse la cláusula de emergencia del TBI, dado que este principio sólo comprende las situaciones en las cuales el estado de necesidad excluye la ilicitud conforme al Derecho internacional general¹⁵³. De este modo, el Artículo 27 del proyecto de la CDI no era aplicable y los párrafos relativos a ese artículo fueron *obiter dicta*¹⁵⁴. De nuevo, el Tribunal en el asunto *CMS* había incurrido en un manifiesto error de derecho puesto que más que referirse a las consecuencias de la existencia del estado de necesidad en el Derecho internacional consuetudinario, debió examinar previamente la posibilidad de indemnización bajo el TBI si las medidas adoptadas por Argentina hubiesen estado comprendidas en esta disposición. En opinión del Comité, la respuesta a esta cuestión era evidente: el Artículo XI, si fuese aplicable, excluye

150. CIADI, asunto *CMS*, apdo. 388; vid., asimismo, apdos. 390 y 392.

151. CIADI, asuntos *Enron*, apdo. 345; *Sempra*, apdo. 394.

152. CIADI, asuntos *CMS*, apdo. 356; *Sempra*, apdos. 346; *Enron*, apdos. 407 y 414.

153. CIADI, Comité de Anulación en el asunto *CMS*, apdo. 145: “*El Comité observa que el Artículo 27 comprende las situaciones en las cuales el estado de necesidad excluye la ilicitud conforme al derecho internacional consuetudinario. En el presente caso, el Tribunal rechazó la defensa de Argentina basada en el estado de necesidad. De este modo, el Artículo 27 no era aplicable y los párrafos relativos a ese Artículo eran obiter dicta, lo que no podría tener incidencia alguna sobre la parte resolutive del Laudo*”.

154. *Ibid.*

la operación de las normas sustantivas del TBI. De este modo, no cabía posibilidad alguna de que la indemnización pudiese pagarse durante ese período¹⁵⁵.

Ésta fue la posición seguida por el Tribunal arbitral en el asunto *LG & Energy*¹⁵⁶, el cual señaló que a la luz del Artículo XI el país austral quedaba exento de responsabilidad por el incumplimiento del TBI durante el período comprendido entre el 1 de diciembre de 2001 y el 26 de abril de 2003¹⁵⁷, a lo que añadió que la protección del Artículo XI del Tratado había sido accionada en este caso y era suficiente para eximir a Argentina de responsabilidad, aunque también el estado de necesidad, tal como se define hoy en la costumbre internacional, confirmaba en su opinión esta conclusión¹⁵⁸. De ello dedujo que “*las pérdidas sufridas durante el Estado de necesidad deberán ser soportadas por el inversionista*”¹⁵⁹. No obstante, el Tribunal responsabilizó al país austral por los daños causados por la violación del tratado no atribuible al período de crisis, aclarando que el final de este período se produjo no con el levantamiento de la emergencia por el Estado argentino, hecho que aún no ha ocurrido pues la vigencia de la Ley se ha prorrogado varias veces¹⁶⁰, sino cuando el presidente KIRCHNER accedió a la presidencia del Gobierno¹⁶¹.

IV. ¿UN PROBLEMA DE FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL?

Todas las contradicciones en las que incurren los laudos arbitrales estudiados ponen de manifiesto un problema relacionado con la fragmentación del Derecho internacional¹⁶² con la particularidad de que las contradicciones se producen dentro de un mismo régimen normativo, el relativo a los APPRI y a su

155. *Ibid.*, apdo. 146. Asimismo, el Comité añadió: “*el propio Artículo 27 es una disposición ‘sin perjuicio’, no una estipulación (...) se refiere a la ‘cuestión de la indemnización’ y no tiene por objeto especificar en qué circunstancias la indemnización podría adeudarse, a pesar del estado de necesidad*”, *Ibid.*, apdo. 147.

156. CIADI, asunto *LG & Energy*, apdo. 260, afirmando que: “*(...) el Artículo 27 no precisa si debe pagarse compensación durante el estado de necesidad (...) ni tampoco si el Estado debe reasumir sus obligaciones. En este caso, la interpretación del Artículo XI del Tratado dada por el Tribunal provee la respuesta*”.

157. *Ibid.*, apdo. 229; *vid.*, asimismo, apdo. 261.

158. *Ibid.*, apdo. 245.

159. *Ibid.*, apdo. 264.

160. *Ibid.*, apdo. 227.

161. *Ibid.*, apdo. 228.

162. Sobre el tema de la fragmentación puede verse el excelente estudio realizado en nombre la CDI por KOSKENNIEMI, “Fragmentación del Derecho internacional: Dificultades derivadas

sistema de solución de controversias¹⁶³. Podría decirse que estas divergencias no constituyen ninguna novedad en este sector del Derecho internacional. En realidad, las inconsistencias entre las decisiones arbitrales en materia de inversiones internacionales han sido objeto de un amplio debate, dando lugar a interesantes propuestas de reforma del sistema CIADI. Se ha sugerido por la doctrina una variedad de interesantes soluciones, aunque difíciles de concretar, que van desde la creación de un tribunal de apelación hasta el establecimiento de un sistema de remisión prejudicial semejante al establecido en la Unión Europea. Desde un punto de vista más general, quizás lleven cierta razón aquellos que piensan que no es apropiado esperar consistencia en un sistema de solución de controversias en el que impera el relativismo y que fue pensado por y para proveer decisiones *ad-hoc*¹⁶⁴. Recuerda en este sentido el profesor PASTOR PALOMAR el valor del precedente arbitral: no vinculante, con fuerza suasoria y no constitutivo de la *ratio decidendi*¹⁶⁵, añadiendo en relación con la crisis argentina, que la identidad de las medidas argentinas controvertidas no es más que uno de los elementos de valoración, mientras que constituyen elementos de diferenciación los distintos demandantes, la composición de los tribunales, los argumentos de la defensa, entre otros. No obstante, si bien los tribunales internacionales no están obligados por decisiones anteriores de otros tribunales, es decir, los precedentes no son vinculantes, ni constitutivos de *ratio decidendi*; aquellos que resuelvan sus casos desviándose de lo que podría considerarse como jurisprudencia constante deberían hacer un esfuerzo de razonamiento de sus nuevos fundamentos jurídicos y hacer de ello partícipes a las partes en la controversia¹⁶⁶. En efecto, aunque no

de la diversificación y expansión del Derecho internacional – Informe del Grupo de Estudio de la CDI”, doc. A/CN.4/L.682, de 4 de abril de 2006.

163. Vid. DUPUY, P.-M., “Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law”, en DUPUY, P.-M., PETERSMANN, E. y FRANCONI, F. (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 34 y ss.; VAN AAKEN, A., “Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Law”, *Finnish Yearbook of International Law*, 2008, pp. 74 y ss.

164. En este sentido, el artículo 53 (1) de la Convención del CIADI dispone que “*el laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio*”.

165. PASTOR PALOMAR, A., “Relativismo y consistencia en la jurisprudencia reciente del CIADI, con especial referencia a los casos contra Argentina”, en FERNÁNDEZ LIESA, C. (dir.), *Tribunales internacionales y espacio iberoamericano*, Thomson Civitas, Universidad Carlos III, 2009, pp. 245-262. Vid., asimismo, su trabajo, “Emergency Economic Intervention and the Rights of Foreign Investors: US-Argentina Practice”, *The Journal of Interdisciplinary Economics*, vol. 20 (2009), pp. 169-191.

166. *Ibid.*, p. 250. Sobre el tema puede verse también, CHRISTAKIS, Th., “Quel remède à l'éclatement de la jurisprudence CIRDI sur les investissements en Argentine? La decision du Comité *ad hoc* dans l'affaire CMS c. Argentine”, *RGDIP*, n° 4 (2007), pp. 879-895.

pueda aspirarse a una completa consistencia en el arbitraje de inversiones de la forma en que este sistema se encuentra estructurado en la actualidad, es deseable un mayor grado de uniformidad, al menos en la metodología empleada para el análisis de los problemas jurídicos que se plantean, en particular, en la identificación de las normas aplicables a una determinada controversia y en la prioridad de su aplicación. Ello redundaría desde un punto de vista general en la naturaleza sistémica del Derecho internacional y desde un punto de vista particular en la legitimidad y credibilidad del sistema de arbitraje de las inversiones internacionales¹⁶⁷. En caso contrario, el sistema se enfrentaría a una crisis de confianza que tal vez impulsaría a algunos a abandonarlo, como ya han hecho algunos países en tiempos recientes. Más allá de reformas de naturaleza netamente procesal, lo cierto es que es difícil a veces encontrar un equilibrio entre los intereses contradictorios de los inversores y los Estados¹⁶⁸, aunque estos actores y sujetos deben creer que el sistema protege sus derechos o de lo contrario no es impensable un colapso de este sistema de solución de controversias internacionales. Antes de que esto ocurra se impone de forma urgente un profundo replanteamiento de su estructura y fines. Al menos, estos fallos arbitrales sobre la crisis argentina y, en particular, el fallo del Comité de anulación en el asunto *CMS* pueden servir como una importante llamada de atención a los árbitros de este sistema para que

167. Esta consistencia fue reclamada por el tribunal arbitral en el asunto *SGS Société Générale de Surveillance S.A. / Filipinas*, n° ARB/02/6, decisión sobre las objeciones a la jurisdicción, Jueces: Ahmed S. El-Koshery (Presidente), James Crawford y Antonio Crivellaro (árbitros), señalando: "(...) *This Tribunal will revert to these questions as they arise in the somewhat different legal and factual context of the present dispute. As will become clear, the present Tribunal does not in all respects agree with the conclusions reached by the SGS v. Pakistan Tribunal on issues of the interpretation of arguably similar language in the Swiss-Philippines BIT. This raises a question whether, nonetheless, the present Tribunal should defer to the answers given by the SGS v. Pakistan Tribunal. The ICSID Convention provides only that awards rendered under it are "binding on the parties" (Article 53(1)), a provision which might be regarded as directed to the res judicata effect of awards rather than their impact as precedents in later cases. In the Tribunal's view, although different tribunals constituted under the ICSID system should in general seek to act consistently with each other, in the end it must be for each tribunal to exercise its competence in accordance with the applicable law, which will by definition be different for each BIT and each Respondent State. Moreover there is no doctrine of precedent in international law, if by precedent is meant a rule of the binding effect of a single decision. There is no hierarchy of international tribunals, and even if there were, there is no good reason for allowing the first tribunal in time to resolve issues for all later tribunals. It must be initially for the control mechanisms provided for under the BIT and the ICSID Convention, and in the longer term for the development of a common legal opinion or jurisprudence constante, to resolve the difficult legal questions discussed by the SGS v. Pakistan Tribunal and also in the present decision*", apdo. 97.

168. Sobre el tema puede verse recientemente, BEN AMIDA, W., "La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements", *Journal du Droit international*, n° 4 (2008), pp. 999-1033.

desarrollen una razonamiento jurídico mucho más reflexivo que haga justicia tanto a los textos que deben interpretar como a la intención de los Estados partes que redactaron esos textos.

V. CONCLUSIONES

En el Derecho internacional contemporáneo el estado de necesidad en materia económica y financiera ha gozado de cierta aceptación como causa de exclusión de la ilicitud, aunque en la práctica esta excusa ha desempeñado un papel marginal en la gestión de las crisis financieras. Ello se debe a que los Estados acreedores han preferido abordar estos problemas por vía de negociación en el marco de los procedimientos de reestructuración establecidos de manera informal en los Clubes de París o Londres. Recientemente, sin embargo, esta excusa ha puesto de relieve todo su potencial jurídico a raíz de la crisis financiera que padeció Argentina entre finales de los años noventa y principios del nuevo milenio, haciendo aflorar toda una serie de cuestiones que de una u otra forma afectan a la autonomía de un país para mitigar los efectos de una crisis económica sobre su población. En realidad, podría pensarse que este protagonismo del estado de necesidad tendería a manifestarse tarde o temprano debido a la amplia red de acuerdos de inversiones existentes que garantizan a los inversores extranjeros el derecho a desafiar las normas estatales ante una serie de instancias arbitrales. La aparente seguridad jurídica, estabilidad y previsibilidad que proporcionan estos foros de solución de controversias ha provocado que la excusa de la necesidad en materia económica y financiera se haya planteado en tiempos recientes de forma mucho más recurrente de lo que lo había sido hasta ahora. Y así ha ocurrido en una serie de asuntos arbitrales que hemos examinado en este trabajo, que tenían en común la alegación de la necesidad tanto en el marco del Derecho internacional general como de la cláusula de emergencia de los tratados de inversiones. El razonamiento seguido en algunos de estos laudos es críptico y ambiguo, en particular, al interpretar la cláusula convencional de emergencia recurriendo al estricto test exigido en el Derecho internacional general. Si bien podría pensarse que la excusa consuetudinaria es potencialmente aplicable a cualquier ilícito internacional, este recurso sólo tiene sentido en la medida en que por implicación no haya sido necesariamente excluido por la redacción expresa del Tratado. Si, como ocurre aquí, la regla consuetudinaria establece un test más estricto que las normas del tratado, es bastante improbable que tengamos que recurrir de forma separada a la costumbre. Así pues, podría pensarse que si estos tribunales hubiesen seguido la metodología correcta, habrían aplicado la cláusula de emergencia sin necesidad de referirse al Derecho internacional general, salvo para reforzar su

conclusión. Desde esta perspectiva no habría ninguna necesidad de exigir flexibilidad a la hora de interpretar la excusa consuetudinaria de la necesidad cuando se trate de asuntos financieros que no afecten a los riesgos expresados por la CDI. No obstante, también puede ocurrir que el tratado bilateral no contenga cláusula de emergencia y entonces deba recurrirse directamente a la costumbre, encontrándonos entonces con una aparente contradicción porque en este caso los inversores gozarían de una mayor protección dado que sería mucho más difícil para un Estado justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales frente a una situación de emergencia. Quizás por ello no estaría de más reclamar una cierta flexibilidad en la interpretación de las condiciones establecidas por la CDI cuando los riesgos que este órgano trató de conjurar no se hallen en peligro. Una lectura actual de esta excusa en el contexto de las crisis financieras debe tener en cuenta las consecuencias económicas extremas sobre la población, lo cual impone – creemos – examinar si la emergencia es lo suficientemente seria como para amenazar la vida y la salud de la población, justificándose en este caso la suspensión temporal de las obligaciones internacionales de un Estado con objeto de proteger valores fundamentales y prevenir disturbios sociales. La misma flexibilidad se impone en la interpretación de las cláusulas de emergencia cuando no resulte del todo evidente la existencia de medidas alternativas menos restrictivas que faciliten la respuesta ante una crisis. En caso contrario, estos tratados amenazarían la capacidad de los gobiernos para proteger los derechos fundamentales de sus ciudadanos¹⁶⁹. No se nos oculta, sin embargo, la complejidad de la elección por cuanto atañe a intereses contradictorios, además de afectar a la soberanía estatal para decidir de forma discrecional sus asuntos monetarios, mezclándose, además, con otros debates como el de la repudiación de la deuda externa y otras preocupaciones internacionales como los problemas del desarrollo y la estabilidad política de los países deudores.

Desde otra perspectiva, estas contradicciones constituye un factor de preocupación en el sistema descentralizado de resolución de controversias en materia de inversiones que amenaza la confianza de los sujetos y actores presentes en este sistema debido a la ausencia de seguridad jurídica, estabilidad y previsibilidad a la que deberían aspirar estos nuevos foros. Con todo, no debería minusvalorarse la contribución de estos fallos, a pesar de sus contradicciones, a solidificar algunos aspectos del estado de necesidad, su naturaleza consuetudinaria y su aplicabilidad a las situaciones de emergencia económica. Y desde el

169. Vid., en este sentido, las sugerencias realizadas por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Trade and Investment”, E/CN.4/Sub.2/2003/9, 2003, p. 17.

punto de vista más general de la fragmentación del Derecho internacional, los laudos podrían constituir una contrarréplica hacia aquellos que han criticado la autosuficiencia de este sistema y su aislamiento del Derecho internacional general debido a la antigua resistencia a aplicar la costumbre. La novedad es que ahora se refieren a ella con excesiva profusión, echándose en falta en ciertos laudos un esfuerzo de análisis sobre las relaciones sistémicas entre las disposiciones convencionales y el Derecho internacional general.

Resumen

En el Derecho internacional contemporáneo el estado de necesidad financiera ha gozado de cierta aceptación como causa de exclusión de la ilicitud, aunque en la práctica ha desempeñado un papel marginal en la gestión de las crisis económicas. La mayoría de las veces, los Estados acreedores han preferido abordar estos problemas por vía de negociación en el marco de los procedimientos de reestructuración establecidos de manera informal. Recientemente, sin embargo, esta excusa ha puesto de relieve todo su potencial jurídico a raíz de la crisis financiera que padeció Argentina entre finales de los años noventa y principios del nuevo milenio, haciendo aflorar toda una serie de importantes cuestiones jurídicas. Los asuntos arbitrales examinados tienen en común la alegación de la necesidad tanto en el marco del Derecho internacional general como de la cláusula de emergencia de los tratados de inversiones. El razonamiento seguido en algunos de estos laudos es críptico y ambiguo, en particular, al interpretar la cláusula convencional de emergencia recurriendo al estricto test exigido en el Derecho internacional general, algo que carece de sentido cuando la regla consuetudinaria establece unas condiciones más estrictas que el tratado, aunque ello no impide que la costumbre constituya un medio de asistencia en su interpretación. A pesar de sus contradicciones, no debería minusvalorarse el hecho de que estos fallos podrían contribuir a solidificar algunos aspectos del estado de necesidad, su naturaleza consuetudinaria y su aplicabilidad a las situaciones de emergencia económica.

Résumé

L'état de nécessité économique et financière a joui d'une certaine acceptation en Droit international contemporain comme circonstance excluant l'illicéité. Cependant, dans la pratique cette excuse a joué un rôle presque marginal dans la gestion des crises économiques. Les États créanciers ont préféré à maintes reprises aborder ces problèmes par voie de négociation dans le cadre des procédures informelles de restructuration. Plus récemment, cependant, cette excuse a mis en relief tout son potentiel juridique à la suite de la crise financière souffert par l'Argentine à l'aube du XXIème siècle, en mettant en relief toute une série d'importantes questions juridiques. Les affaires examinées ont en commun que le plaidoyer de l'état de nécessité a été fait tant dans le cadre du Droit international général comme dans la clause d'émergence des traités d'investissements. Le raisonnement suivi dans certains de ces arbitrages est énigmatique et ambigu, en particulier, à l'interprétation de la clause conventionnelle en recourant à l'exigeant test établie dans le Droit international général. Ce recours ne semble pas adéquat quand la coutume établit des conditions plus strictes que le traité. Néanmoins, cela n'empêche pas qu'elle constitue un milieu d'aide dans l'interprétation du traité. Malgré leurs contradictions, ces arbitrages ne devraient pas être sous-estimés étant donné qu'ils ont pu contribuer à solidifier quelques aspects juridiques de l'état de nécessité, sa valeur de coutume général et son applicabilité aux situations d'urgence économique.

Abstract

The state of necessity or duress applied to financial crisis is echoed to some extent in contemporary International Law as a circumstance precluding wrongfulness. However, it has played a marginal role in the management of economic crisis. Creditors States have preferred to undertake these problems through negotiation in the framework of informal restructuring procedures. In the last years, however, this excuse has highlighted its largest potential problems in the framework of the financial crisis suffered by Argentina, drawing out important legal issues. The arbitral awards discussed in this work have in common the treatment of the state of necessity under general international law and the

emergency clause in investment treaties. The reasoning in some of these awards is cryptic and ambiguous. This is particularly the case when these tribunals misinterpret the emergency clause using the strict requirements established in general international law. It appears that this systematic would have no meaning when the customary rule sets stricter conditions than the treaty. However, this does not prevent that custom could help in the treaty interpretation. Despite its contradictions, these awards should not be underestimated given their contribution to solidify some aspects of the state of necessity, its customary nature and its feasibility as a circumstance precluding wrongfulness in financial crisis.

