

## UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

### El alcance del Estándar de protección y seguridades plenas en los Tratados de Inversión

95070

**FRANCISCO ENDARA FLORES**

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención de título de Abogado de los Tribunales de la República.

Quito, enero 2010



**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**Colegio de Jurisprudencia**

**HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS**

**“El alcance del estándar de protección y seguridades plenas  
en los Tratados de Inversión”**

FRANCISCO JOSÉ ENDARA FLORES

Dr. Fabián Corral  
Presidente del Tribunal e Informante

Dr. Javier Robalino  
Director de Tesis

Dr. Vladimir Villalba  
Delegado del Decano e Informante

Dr. Fabián Corral  
Decano del Colegio de Jurisprudencia

The image shows four handwritten signatures in blue ink, each placed over a horizontal dotted line. The signatures are: 1. A large, stylized signature at the top, likely belonging to the President of the Tribunal. 2. A signature that appears to be 'J. Robalino', corresponding to the Director of Theses. 3. A signature with many vertical strokes, likely belonging to the Delegate of the Dean. 4. A signature at the bottom, likely belonging to the Dean. The signatures are written in a cursive, somewhat hurried style.

Quito, 26 de enero de 2010



pública.  
De ning  
Franci  
plant  
lecto

### Acta de Grado

En la Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, tuvo lugar la Defensa Oral del Ensayo Jurídico intitulado **“El alcance del estándar de protección y seguridades plenas en los Tratados de Inversión”** presentado por el estudiante, señor Francisco José Endara Flores para la obtención del título de Abogado.

Para tal efecto, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, conformó el Tribunal de Grado con los siguientes profesores:

- Señor Doctor Fabián Corral Burbano de Lara, Presidente del Tribunal e Informante del Ensayo Jurídico;
- Señor Doctor Javier Robalino Orellana, Director del Ensayo Jurídico;
- Señor Doctor Vladimir Villalba Paredes, Delegado del Decano e Informante del Ensayo Jurídico.

El Tribunal, después de haber examinado al estudiante por espacio de una hora, le asignó a la Defensa Oral la calificación de 94/100, la que promediada con la obtenida en el trabajo escrito de 92 /100, da la nota final de Grado de 93/100, equivalente a “A” la que se promediará con las notas obtenidas durante la carrera.

Para constancia firman el presente instrumento, en el Campus de Cumbayá de la Universidad San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy, 26 de enero de 2010.

Dr. Fabián Corral  
Presidente del Tribunal

Dr. Vladimir Villalba  
Delegado del Decano

Dr. Javier Robalino O.  
Director del Ensayo Jurídico

Sr. Francisco Endara Flores  
Sr. Francisco Endara Flores

Todo el contenido del presente documento intitulado "El alcance del estándar de protección y seguridades plenas en los Tratados de Inversión" corresponde a las opiniones y criterios personales de su autor, al igual que las ponencias vertidas en su disertación oral y defensa pública.

De ninguna manera éstas representan o reflejan el criterio institucional de la Universidad San Francisco de Quito, como tampoco de su Colegio de Jurisprudencia, del Decano, Vicedecano, planta docente y demás funcionarios. La institución no asume responsabilidad alguna sobre información, opiniones o criterios contenidos en él.

El autor se hace responsable por acción de cualquier naturaleza que pueda derivarse del presente documento.

AUTOR: FRANCISCO JOSE ENDARA FLORES

Francisco J. Endara Flores  
FIRMA DE RESPONSABILIDAD

CI: 1002134433

© Derechos de Autor

Francisco Endara Flores

2010

*Agradecimientos*

*A todos mis profesores, especialmente*

*A Farith Simon, a Javier Robalino, a mi amigo JC,*

*A la Directora y Subdirector del Centro de Arbitraje (Leonor y Hugo)*

*Gracias a todos ustedes.*

*Dedicatorias**A mis abuelos, Fausto y Guillermo;**y a mis padres.*

## RESUMEN

En el presente trabajo se analiza a profundidad el estándar de protección y seguridades plenas de los Tratados de Inversión, para tratar de dilucidar el alcance y contenido del mismo. Con esa finalidad, en el primer capítulo examinaremos los principios que rigen la interpretación de los Tratados de Inversión, cual es el derecho aplicable a las controversias en materia de inversiones.

En segundo lugar, examinaremos las decisiones jurisprudenciales más relevantes para conocer cómo se ha venido interpretando el estándar, así como lo que se ha escrito sobre el estándar, analizaremos sus elementos constitutivos en base a esas dos fuentes; tras lo cual demostraremos que contrario a lo que se cree el estándar no se limita únicamente a brindar protección física al inversionista y a su inversión, sino que esta va más allá.

## ABSTRACT

In this paper, I will explore the full protection and security standard of Investment Treaties, with the objective of discovering the real scope of this standard. With that purpose, we must start by analyzing the applicable law to investment disputes and how the relevant principles on the interpretation of investment treaties.

Afterwards, we will review and examine the case law until this date on this standard in order to find out how it has been applied; also, we will review the few academic writings on the subject, to analyze each of the elements of the standard using those two sources. In the end, we will see how despite what it is believed the scope of the standard does not confined to physical protection only, but extends or requires additional levels of protection.

*“Qué otros se precien de las páginas  
que han escrito, yo me precio de las que he leído”*

*Jorge Luís Borges*

**Advertencia:** Las traducciones de libros, artículos y laudos empleados en esta tesina, no son traducciones oficiales fueron hechas por el autor de este trabajo, con fines exclusivos para esta investigación. Las citas que aparecen en español son traducciones oficiales.

## TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	13
CAPITULO I	15
NOCIONES PRELIMINARES	15
I. DERECHO APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA	15
1.1 INTRODUCCIÓN	15
1.2 EL TRATADO COMO FUENTE PRIMARIA APLICABLE AL FONDO	17
1.3 EL ROL DEL TRATADO DE INVERSIÓN	19
1.4 EL ROL DEL DERECHO LOCAL	21
1.5 EL PAPEL DEL DERECHO INTERNACIONAL	22
1.6 <i>EL PRINCIPIO LEX SPECIALIS</i>	23
1.6.1 REFERENCIA A LA <i>LEX SPECIALIS</i>	26
1.6.2 APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE <i>LEX SPECIALIS</i>	27
1.6.2.1 <i>LEX SPECIALIS</i> COMO ELABORACIÓN DE <i>LEGE GENERALI</i>	27
1.6.2.2 <i>LEX SPECIALIS</i> COMO EXCEPCIÓN A LA NORMA GENERAL	28
1.6.3 PROHIBICIÓN DE LA <i>LEX SPECIALIS</i>	29
II. INTERPRETACION DE LOS TRATADOS DE INVERSION	31
1. INTERPRETANDO CONFORME EL DERECHO INTERNACIONAL	32
2. LAS NORMAS DE LA CONVENCION DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS	33
2.1 INTERPRETACIÓN LITERAL O TEXTUAL DEL TI	35
2.2 MEDIOS SUPLEMENTARIOS DE INTERPRETACIÓN	37
2.3 INTERPRETACIÓN ANALÓGICA	39
2.4 EL USO DE TRABAJOS PREPARATORIOS	40
2.5 INTERPRETACIÓN CONFORME EL OBJETO Y FIN DEL TI	42
2.6 PRÁCTICA POSTERIOR Y ACUERDOS POSTERIORES	47
2.7 SIGNIFICADO ESPECIAL	47
2.8 DECLARACIONES O INTERPRETACIONES DADAS POR LAS PARTES	49
CAPITULO II	50
EL ESTANDAR	50
I. FUENTES NORMATIVAS	50
II. IMPORTANCIA DE LAS FORMULACIONES	52
III. INTERPRETACIÓN DEL ESTÁNDAR	55
1. DECISIONES DE PROTECCIÓN FÍSICA	56

1. Elettronica Sicula SpA (ELSI), United States v Italy, Judgment, Merits, (1989) ICJ Rep 15; ICGJ 95 (ICJ 1989) 56
2. American Manufacturing & Trading Inc v Zaire, Award Opinion, ICSID Case No ARB/93/1, IIC 14 (1997) 58
3. Wena Hotels Limited v Egypt, Award, ICSID Case No ARB/98/4, IIC 273 (2000) 8 December 2000 61
4. Técnicas Medioambientales Tecmed SA v México, Laudo, ICSID Case No ARB (AF)/00/2, IIC247 (2003) 29 de Mayo de 2003 64
5. Noble Ventures Inc v Romania, Award, ICSID Case No ARB/01/11, IIC 179 (2005) 12 October 2005 66
6. Saluka Investments BV v Czech Republic, Partial Award, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 210 (2006) 17 March 2006 68
7. Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri AS v Kazakhstan, ICSID Case No ARB/05/16; IIC 344 (2008) 21 July 2008 69
8. Jan de Nul NV and Dredging International NV v Egypt, Award, ICSID Case No ARB/04/13; IIC 356 (2008) 24 October 2008 72
9. BG Group v Argentine Republic UNCITRAL Arbitration, Final Award, 24 December 2008 73
10. Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v Egypt, Award, ICSID Case No ARB/05/15; IIC 374 (2009) 74
11. Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v The Republic of Albania, Award, ICSID Case No. ARB/07/21, 30 July 2009 75
2. PROTECCIÓN MÁS ALLÁ DE FÍSICA 78
  1. CME Czech Republic BV v Czech Republic, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 61 (2001) 13 September 2001 78
  2. Lauder v Czech Republic, Final Award, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 205(2001) 3 September 2001 79
  3. Occidental Exploration and Production Company v Ecuador, Award, LCIA Case No UN3467, IIC 202 (2004) 1 July 2004 80
  4. Eureko BV v Poland, Partial Award and Dissenting Opinion, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 98 (2005) 19 August 2005 81
  5. Azurix Corp. v Argentina, Laudo, Caso CIADI No ARB/01/12, IIC 24 14 julio de 2006 82
  6. PSEG Global Inc and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v Turkey, Award and Annex, ICSID Case No ARB/02/5, IIC 198 (2007) 19 January 2007 84
  7. Siemens AG v Argentina, Award and Separate Opinion, ICSID Case No ARB/02/8, IIC 227(2007) 6 February 2007 85
  8. Enron Corporation and Ponderosa Assets v Argentina, Award, ICSID Case No ARB/01/3, IIC 292 (2007) 22 May 2007 87

9.	Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A., c. República Argentina, CIADI Caso No. ARB/97/3, 20 de Agosto del 2007	88
10.	Bewater Gauff (Tanzania) Ltd v Tanzania, Award and Concurring & Dissenting Opinion, ICSID Case No ARB/05/22; IIC 330 (2008) 18 July 2008	89
11.	National Grid P.L.C., v. Argentine Republic UNCITRAL Arbitration, Award, November 3, 2008	90
<b>CAPITULO III</b>		<b>94</b>
<b>ELEMENTOS DEL ESTANDAR</b>		<b>94</b>
I.	CARACTERIZACIÓN DEL ESTÁNDAR	94
II.	<i>"DUE DILIGENCE"</i> o la DEBIDA DILIGENCIA	96
1.	INVESTIGAR Y SANCIONAR	103
2.	ACCIONES Y OMISIONES EN EL CONTEXTO DE INSURRECCIONES	106
III.	ESTÁNDAR OBJETIVO O SUBJETIVO	109
1.	NIVEL DE DESARROLLO DEL ESTADO	110
IV.	MARGEN DE APRECIACIÓN SOBERANA	116
V.	ALCANCE DEL ESTÁNDAR	118
1.	PROTECCIÓN FÍSICA	118
2.	PROTECCIÓN MÁS ALLÁ DE PROTECCIÓN FÍSICA	120
<b>CAPITULO IV</b>		<b>124</b>
<b>INTERACCION CON OTROS ESTÁNDARES</b>		<b>124</b>
I.	RELACIÓN CON LA COSTUMBRE INTERNACIONAL (TRATO MÍNIMO INTERNACIONAL)	124
II.	INTERACCIÓN CON EL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO	136
III.	INTERACCIÓN CON LA CLÁUSULA DE PÉRDIDAS EXTRAORDINARIAS	140
1.	INTRODUCCIÓN	140
2.	FORMULACIÓN DE LA CLÁUSULA	141
3.	ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA	142
3.1.1.1	LA PARTICULARIDAD DE LOS TBI'S O TI DEL REINO UNIDO	145
<b>CONCLUSIONES</b>		<b>152</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>		<b>156</b>

## INTRODUCCIÓN

Las protecciones contenidas en los tratados de inversión, en adelante TI o TBI, están en constante desarrollo. Producto de eso encontramos que el estándar de protección y seguridades plenas; desde este momento, el Estándar, hasta ahora no se ha podido delimitar, precisar con claridad cuál es el alcance del mismo.

En ese contexto surge el tema de esta tesina, que no es otro que dilucidar el alcance de éste Estándar a la luz de las decisiones rendidas por los tribunales de inversión, constituidos hasta la fecha. Tratando de aportar claridad al debate que se ha generado acerca de, si la protección y seguridades plenas que debe recibir el inversionista es, exclusivamente protección contra amenazas físicas, o si por el contrario como se pretende demostrar a lo largo de esta investigación la protección y seguridades plenas se extiende más allá de la protección física al inversionista.

Resulta necesario, para poder determinar el alcance de la protección y seguridades plenas contenidas en los diversos TI -el problema central de este trabajo-, estudiar algunas nociones preliminares como es el derecho aplicable a las controversias surgidas de los TI, dándonos una noción clara de cuáles son las fuentes que nutrirán el contenido del Estándar. Así como también, determinar las técnicas de interpretación de los TI, observando las particularidades y la práctica de los tribunales de Inversión.

Una vez hecho eso, en el segundo capítulo exploraremos el Estándar desde sus fuentes normativas, la variación de formulación del Estándar en los diversos TI, el papel que ha tenido dicha formulación a la hora de definir el alcance del Estándar. De la misma forma, revisaremos las decisiones emitidas por los tribunales internacionales sobre este, buscando los puntos en común, diferencias entre dichas decisiones, ayudándonos a encontrar los elementos del Estándar de protección y seguridades plenas, en la siguiente sección.

A continuación, en el tercer capítulo fijaremos los elementos del Estándar, según han sido aplicados e identificados por los tribunales arbitrales, así como, por la doctrina, permitiéndonos comprobar que el alcance del Estándar, va más allá de la protección física al inversionista.

El cuarto capítulo, estudiaremos la interacción que el Estándar de protección y seguridades plenas tiene con otras protecciones contenidas en los TI. Revisando la interacción entre el Estándar de protección y seguridades plenas con el estándar mínimo internacional; con el estándar de trato justo y equitativo, interacción que se manifiesta, cuando el alcance de las protecciones y seguridades plenas, se han extendido más allá de protección física, buscando, por eso, como compatibilizar los dos estándares para que ninguno de los dos se vea privado de efecto. De la misma forma, se tendrá que analizar la interacción del Estándar de protección y seguridades plenas con la denominada cláusula de conflicto armado o de pérdidas extraordinarias, diseñada a aplicarse en casos de violencia extrema.

Finalmente, obtendremos la conclusión de que el Estándar de protección y seguridades plenas, dependiendo de las circunstancias del caso, el lenguaje o formulación del Estándar en el TI, los bienes protegidos en el TI requiere que el Estado receptor otorgue al inversionista protección y seguridades plenas que se extienden, más allá de la protección física.

## **CAPITULO I**

### **NOCIONES PRELIMINARES**

#### **I. DERECHO APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA**

##### **1.1 INTRODUCCIÓN**

En el presente trabajo, se analizará únicamente el derecho aplicable al fondo de la controversia o derecho sustantivo. Habiendo realizado esta precisión, se empezará esta sección, por mencionar que el derecho aplicable a las controversias entre inversionistas extranjeros y Estados receptores difiere según el instrumento bajo el cual surja dicha controversia. Porque, si la controversia con el Estado Receptor se origina bajo el amparo de las disposiciones de un TI tendrá, un derecho aplicable distinto a las controversias que surjan de un contrato o de la legislación local.

En estos últimos casos se aplicaría el Convenio CIADI<sup>1</sup>, el artículo 42<sup>2</sup> (1) del Convenio CIADI, que se refiere a la ley aplicable a la controversia. Artículo que fue concebido para que, los tribunales arbitrales, “en ausencia de acuerdo de las partes (...) apliquen el derecho doméstico pertinente y aquellas normas de Derecho Internacional que pudieran ser aplicables”<sup>3</sup>. Los autores del Convenio CIADI contemplaron, entre otras posibilidades<sup>4</sup> que el Derecho Internacional sea aplicado, para complementar al derecho local.

Producto de dicha concepción es que los primeros arbitrajes surgidos en el sistema CIADI<sup>5</sup>, sugieren que “el único rol del Derecho Internacional bajo esta provisión sería únicamente para llenar vacíos [o lagunas] en el Derecho del Estado receptor o para corregir las inconsistencias entre el Derecho local y el Derecho Internacional”<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup>Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

<sup>2</sup> Cuyo texto dice:

“(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho Internacional privado, y aquellas normas de Derecho Internacional que pudieren ser aplicables.

(2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.

(3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*”. Artículo 42 del Convenio CIADI. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/partA-chap04.htm>; Consultado por última vez el 16 de octubre de 2009.

<sup>3</sup> PARRA, A. “Applicable Law in Investor- State Arbitration”. *Transnational Dispute Management*. Vol.6, Issue 1, Marzo. 2009, p. 5., Disponible en [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com) Consultado por última vez 30 de Noviembre de 2009.

<sup>4</sup> *Ibíd.* p. 5.

<sup>5</sup>Estos arbitrajes no surgieron de un TI, es más ni se discutió la vulneración de las disposiciones del mismo, sino que fueron reclamos contractuales. Entre estas decisiones podemos encontrar por ejemplo, el caso *Klöckner v. Cameroon*, Decision on Annulment, 3 May 1985, 2 ICSID Reports 95 at ¶¶144, 151, 157, 164, 171 y 176. Así como, el caso *Amco v. Indonesia*, Annulment Decision, 16 May 1986, 1 ICSID Reports 509 at ¶¶20-2, y el caso de *Aucoven v. Venezuela*, Award, 23 September 2003, at ¶ 102.

<sup>6</sup> PARRA, A. “Applicable Law in Investor- State Arbitration”. *Transnational Dispute Management...*, Op. Cit., p. 6 Véase también, la decisión del Comité ad hoc del caso *Amco Asia Corp. v. Indonesia* que destacó que bajo la segunda parte del artículo 42(1) “autoriza a un Tribunal CIADI a aplicar reglas del Derecho Internacional únicamente para llenar una laguna en el derecho aplicable local y asegurar la preferencia de las normas internacionales cuando las normas del derecho local está en colisión con esas normas” (*Amco Asia Corp. v. Republic of Indonesia*, Ad Hoc Committee Decision of May 16, 1986, 1 ICSID Rep. 509, 515 (1993)).

Sin embargo, por el propósito del presente trabajo se tratará exclusivamente, el derecho aplicable a las controversias surgidas de un TI<sup>7</sup> y no respecto del resto de instrumentos como un contrato o la legislación local.

## 1.2 EL TRATADO COMO FUENTE PRIMARIA APLICABLE AL FONDO

La razón por la que solamente analizaremos el derecho aplicable a las controversias surgidas de un TI o TBI, es porque los arbitrajes que surgirán bajo el amparo de un TI tendrán como derecho aplicable principalmente al mismo tratado de inversión. Aún en el caso de los arbitrajes llevados bajo las reglas CIADI puesto que, el “artículo 42 de la Convención del CIADI (...) está diseñado para reclamos contractuales”<sup>8</sup>. Por lo que, SPIERMANN sostiene que “aplicar dicha provisión directamente y sin reserva a los reclamos bajo el Tratado [de Inversión] involucra un fuerte elemento de lo absurdo”<sup>9</sup>.

En términos parecidos ANTONIO PARRA, concuerda con SPIERMANN en que el artículo 42 del Convenio CIADI, no es aplicable o al menos no directamente a reclamos surgidos de los TI. Dado que, como éste indica que “en los nuevos casos (...) [Los Tribunales] (...) todos aplicaron a los méritos de las disputas, las

---

<sup>7</sup> Debemos mencionar que los TI cuyas disposiciones que contengan una cláusula paraguas traerá a la esfera de controversias bajo el Tratado a algo que en principio es un reclamo contractual, no obstante esto, no implica que el reclamo contractual en esa situación se transforme un reclamo de Derecho Internacional, ni que el derecho aplicable será el Tratado de inversión, en esos caso el derecho aplicable es el mismo contrato o la ley que hayan seleccionado las partes en la controversia. Esto en virtud de que la Cláusula paraguas opera como una garantía o mecanismo adicional para asegurar el cumplimiento del contrato, pero no tiene por finalidad el transformar los reclamos contractuales. Sobre este punto, véase en el mismo sentido y mayor detalle: CRAWFORD, J. *Treaty and Contract in Investment Arbitration*. The 22nd Freshfields Lecture on International Arbitration London, 29 November 2007. p. 18-21. Consultado por última vez el 10 de diciembre de 2009.

<sup>8</sup> SPIERMANN, O. “Chapter 3 Applicable Law”. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Edited by Muchlinski, p. & Others. Oxford University Press, Nueva York, 2008. p.107.

<sup>9</sup> *Ibíd.* p. 107.

provisiones (...) de los tratados, así como reglas de Derecho Internacional general”.<sup>10</sup>

Esta lectura del artículo 42 del Convenio CIADI, valdría aún en el caso de que el TI con el cual se está presentando el reclamo no contenga una cláusula específica de derecho aplicable, puesto que incluso en esos casos los inversionistas presentan sus reclamos bajo las disposiciones del TI haciendo necesario resolver los reclamos según las disposiciones del mismo TI, sobre la base del Derecho Internacional. Por eso, un tribunal arbitral no puede sino aplicar el TI y las normas de Derecho Internacional relevantes a la disputa.<sup>11</sup>

ZACHARY DOUGLAS afirma también que el derecho aplicable al fondo de la controversia en materia de inversiones será el mismo TI, o más específicamente el derecho aplicable al fondo será, el estándar de trato a la inversión contenido en la disposición del TI que es la base del reclamo<sup>12</sup> formulado por el inversionista.

Sobre este punto, NEWCOMBE Y PARADELL, resaltan que existen cuatro fuentes de reglas relevantes aplicables a la resolución de las controversias en el Derecho de Inversiones<sup>13</sup> (surgidos de un TI). Estas son el tratado de inversión, que es el que contiene las protecciones, cuya vulneración es alegada por el inversionista, requiriendo necesariamente que sus disposiciones sean aplicadas; la segunda fuente, es el Derecho Internacional, al ser el TI es un Tratado Internacional y como tal está gobernado por el Derecho Internacional<sup>14</sup>; La tercera fuente serían ciertos términos “subyacentes relacionados a un contrato de inversión”<sup>15</sup>; la cuarta y última fuente de

---

<sup>10</sup> PARRA, A. “Applicable Law in Investor- State Arbitration”. *Transnational Dispute Management...*, Op. Cit., p. 6.

<sup>11</sup> SPIERMANN, O. “Chapter 3 Applicable Law”. *The Oxford Handbook of International Investment Law...*, Op. Cit., p. 108.

<sup>12</sup> ZACHARY, DOUGLAS. *The International Law of Investment Claims*. Cambridge University Press. First Edition, 2009, p. 81. ¶ 141.

<sup>13</sup> NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Published by Kluwer Law International (February 28, 2009). p. 86-88.

<sup>14</sup> Las normas del Derecho Internacional deben ser aplicadas de manera suplementaria por los principios y reglas generales del Derecho Internacional.

<sup>15</sup> NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 86-88.

derecho aplicable, es el derecho local del Estado en donde se realizó la inversión, cuyas normas jugarán un papel al momento de analizar los “derechos comerciales y de propiedad que constituyen la inversión protegida”<sup>16</sup>.

### 1.3 EL ROL DEL TRATADO DE INVERSIÓN

El principal instrumento aplicable al fondo de una controversia surgida entre el Estado receptor y el Inversionista será el Tratado de inversión, concretamente, las protecciones sustantivas contenidas en el texto del TI que los inversionistas alegan han sido vulneradas por el Estado receptor.

Esta postura encuentra respaldo, en la decisión del comité ad hoc del caso CAA y Vivendi contra Argentina cuando sostuvo que:

“Si ha existido un reclamo del TBI y si ha existido un reclamo del contrato son cuestiones diferentes. Cada uno de estos reclamos se determinará por referencia a su propio derecho aplicable- en el caso del TBI, por el Derecho Internacional; en el caso del Contrato de Concesión, por el derecho del contrato.”<sup>17</sup>

Esto es así, porque los arbitrajes surgidos del TI están “motivados en los derechos del inversionista y las obligaciones del Estado receptor conferidos (...) [en el tratado de inversión] (...) Consecuentemente, los estándares sustantivos del [Tratado de inversión] son *lex specialis* y la fuente primaria aplicable”<sup>18</sup> a la controversia.

---

<sup>16</sup> *Ibid.* p. 86-88.

<sup>17</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v Argentina*, Decision on Annulment, ICSID Case No ARB/97/3, IIC 70 (2002) 3 July 2002. ¶ 96.

<sup>18</sup> NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, .Op. Cit., p. 109

Por esa razón, cuando la “reclamación (...) ha sido presentada con arreglo al TBI, (...) la consulta del Tribunal se rige por el Convenio CIADI, por el TBI y por el Derecho Internacional aplicable<sup>19</sup>”.

En términos parecidos, el comité ad hoc de anulación del caso MTD contra Chile sostuvo que la “*lex causae*” es el Derecho Internacional en un “caso basado en el incumplimiento del Tratado de Inversiones”.<sup>20</sup>

Posición que también es compartida por el arquitecto del Convenio CIADI, ARON BROCHES al indicar que:

“un Tribunal CIADI aplicará Derecho Internacional cuando el problema esté directamente regulado por el Derecho Internacional, [como ocurre cuando hay un] (...) [TI] entre el Estado que es parte en la controversia y el Estado cuyo nacional es la otra parte en la controversia”.<sup>21</sup>

No debe sorprender entonces, que la fuente primaria de derecho en una controversia surgida de un Tratado de inversión sea ese mismo instrumento. Tampoco, debe sorprender que:

“los Tribunales arbitrales los apliquen de manera directa, además, la interacción con el Derecho Internacional para la protección de extranjeros y la implicación del principio *pacta Sunt Servanda*<sup>22</sup>”; nos dará como resultado que los Tribunales también apliquen normas o principios del Derecho Internacional que resulten relevantes al caso.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> Azurix Corp. v Argentina, Laudo, ICSID Case No ARB/01/12, IIC 24 (2006) 14 Julio 2006. ¶ 67.

<sup>20</sup> MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v Chile, Decision on Annulment, ICSID Case No ARB/01/7, IIC 177 (2007) 16 February 2007. ¶ 61.

<sup>21</sup> Aparece en SPIERMANN, O. “Chapter 3 Applicable Law”. *The Oxford Handbook of International Investment Law...*, Op. Cit., p. 108. Pensemos el caso de un TI entre el Estado A y el Estado B, el Estado B es demandado por un nacional (inversionista) del Estado A en esos casos según BROCHES se aplicaría el Derecho Internacional de manera directa por los Tribunales CIADI.

<sup>22</sup> *Ibid.* p. 108.

<sup>23</sup> Véase por ejemplo, las decisiones de estos Tribunales entre otros: *Wena v. Egypt*, Annulment Decision, 5 February 2002, 6 ICSID Reports 129 at ¶ 52-3 See also *Wena v. Egypt*, Award, 8 December 2000, 6 ICSID Reports 89 at ¶ 118, *AAP v. Sri Lanka*, Award, 27 June 1990, 4 ICSID Reports 250 at ¶ 114, *Santa Elena v. Costa Rica*, Award, 17 February 2000, 5 ICSID Reports 157 at ¶

De todo lo anterior, se desprende que los reclamos surgidos bajo el Tratado de inversión “debe ser decidido con las provisiones del TBI [o del TI] y del Derecho Internacional como (...) derecho aplicable.”<sup>24</sup>

Por esto, SPIERMANN, afirma que el derecho local “será confinado a ciertas cuestiones preliminares e incidentales (como preguntas sobre hechos, deben ser resultas aún si la jurisdicción es restringida a reclamos del tratado.)”<sup>25</sup>

#### 1.4 EL ROL DEL DERECHO LOCAL

Sí bien el TI será la fuente principal a ser aplicada por el Tribunal para resolver la controversia, este no podría ser aplicado en solitario o de manera autónoma, ya que “no define exhaustivamente todos los aspectos de la relación inversionista-Estado y contiene las obligaciones básicas del Estado”<sup>26</sup>. De ahí, que en ciertas ocasiones otras fuentes resultan relevantes en la disputa, como sería el caso del derecho local del Estado receptor.

Uno de los casos en los que el derecho local es relevante para la controversia, lo tenemos cuando es necesario examinar “la existencia de la inversión, [misma que] (...) se debe al derecho del territorio en el cual dicho bien es mantenido”<sup>27</sup>. Sin que esto signifique “que el derecho local determina o limita lo que califica como una inversión bajo propósitos del [TI], [solamente] la existencia del bien que puede calificar como inversión bajo [el TI], así como su validez, es cuestión del derecho local”<sup>28</sup>.

---

104, *Metalclad v. Mexico*, Award, 30 August 2000, 5 ICSID Reports 212 at ¶ 128 and *Middle East Cement v. Egypt*, Award, 12 April 2002, 7 ICSID Reports 178 at ¶ 174.

<sup>24</sup> PARRA, A. “Applicable Law in Investor- State Arbitration”. *Transnational Dispute Management...*, Op. Cit., p. 9.

<sup>25</sup> Aparece en SPIERMANN, O. “Chapter 3 Applicable Law”. *The Oxford Handbook of International Investment Law...*, Op. Cit., p. 108.

<sup>26</sup> NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 91.

<sup>27</sup> *Ibíd.* p. 91-92.

<sup>28</sup> *Ibíd.* p. 92-98.

A más de esto, NEWCOMBE Y PARADELL mencionan que el derecho local resultaría relevante, para constatar “si la inversión es mantenida en el territorio del Estado receptor, la naturaleza y el alcance de los derechos sobre la inversión (...) las condiciones (...) para la operación de la inversión, la naturaleza y alcance de las medidas del gobierno supuestamente en incumplimiento del Tratado de inversión”<sup>29</sup>.

Por otra parte, el derecho local aplicable al caso será el derecho vigente al momento en que se realizó la inversión, así como el derecho posterior o las modificaciones que introduzca el Estado. No obstante, lo más usual es que los cambios en la legislación o derecho local sean relevantes en la disputa por su supuesto efecto perjudicial o dañino para la inversión, y constituyan la base del reclamo del inversionista, pensemos en el supuesto en que se terminen contratos, excluya compensación en ciertos casos, etc. En esos casos el Tribunal deberá determinar la validez de dicha medida o si estos cambios son un incumplimiento del Tratado de inversión según interprete el tratado de inversión y el Derecho Internacional en general<sup>30</sup>.

## 1.5 EL PAPEL DEL DERECHO INTERNACIONAL

---

<sup>29</sup> *Ibíd.* p. 95. Esta opinión fue señalada por el Tribunal del Caso MTD contra Chile cuando resaltó que “el incumplimiento de una obligación internacional deberá ser, por definición, juzgada en términos de Derecho Internacional. Para establecer los hechos de dicho incumplimiento, puede resultar necesario tomar en cuenta el derecho local” MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v Chile, Award, ICSID Case No ARB/01/7, IIC 1742004) 25 May 2004¶ 204.

<sup>30</sup> NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 98.

A pesar de que los TI son la norma principal a aplicarse para resolver las controversias, no son aplicados de forma aislada o autónoma respecto del Derecho Internacional al no ser un régimen autónomo<sup>31</sup>.

Sobre este punto, podemos destacar que el tratado de inversión, como "*lex specialis*" se aplica complementado por el derecho consuetudinario internacional "cuando es necesario juzgar la responsabilidad del Estado receptor en las disputas"<sup>32</sup> surgidas del Tratado de inversión. Es decir, el TI deberá en ciertas ocasiones ser interpretado a la luz de la normas del derecho consuetudinario internacional cuando una materia no esté regulada de manera expresa por el TI.

Como resalta, el Prof. Prosper Weil esta tendencia de aplicar el tratado de inversión, de manera complementaria con el Derecho Internacional general, se debe a que el arbitraje de inversiones "está gobernado por el Derecho Internacional en virtud de que el TBI implícitamente o explícitamente prevea que las disputas deban ser resultas no sólo en base de las provisiones del Tratado mismo, sino también (...), sobre la base de los principios y reglas del Derecho Internacional."<sup>33</sup>

## 1.6 EL PRINCIPIO *LEX SPECIALIS*

---

<sup>31</sup> Este concepto puede interpretarse de distintas formas; la primera como "una subcategoría (a saber, una "forma fuerte") de *lex specialis* dentro de las normas relativas a la responsabilidad del Estado (...) [una suerte de] conjunto especial de normas secundarias tiene prioridad sobre las normas secundarias del derecho general aplicables a la responsabilidad del Estado". COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE NACIONES UNIDAS. A/CN.4/L.68213 de abril de 2006. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: DIFICULTADES DERIVADAS DE LA DIVERSIFICACIÓN Y EXPANSIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL. KOSKENNIEMI, M. 58º período de sesiones Ginebra, 1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006.¶ 128.

No obstante, en este trabajo se empleará "para referirse a conjuntos interrelacionados de normas primarias y secundarias, a las que a menudo se llama "sistemas" o "subsistemas" de normas que abordan un problema particular de una manera diferente a las normas del derecho general". *Ibíd.* ¶ 128.

<sup>32</sup> NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 98-99.

<sup>33</sup> *Ibíd.* p. 98-99.

A continuación, revisamos la aplicación, características del principio de “*lex specialis*” y cómo deberá ser aplicado por los tribunales, al analizar un reclamo de inversiones surgidas del TI.

El principio “*lex specialis*” permite a los Tribunales aplicar o emplear la norma especial, en lugar de las normas generales que regulan una misma materia. Normalmente, se lo emplea para resolver conflictos normativos (pero no sólo para estos) “entre la generalidad y la particularidad de las normas en conflicto”<sup>34</sup>.

El principio funciona para cuando tengamos “una materia (...) regulada por una norma general y por una norma más específica, esta última (...) [prevalezca] sobre la primera”<sup>35</sup>. La relación entre normas especiales y normas generales no sólo puede ser vista como una relación de conflicto, sino como una relación en que “la norma específica se debe leer e interpretar dentro de los límites o del marco de la norma general, típicamente como desarrollo, actualización o especificación técnica de la última”<sup>36</sup>.

La jurisprudencia internacional, ha aplicado de manera habitual “el principio de la ‘*lex specialis*’, aunque (...) [sin haber sido] (...) desarrolla [do] demasiado”<sup>37</sup> por los tribunales internacionales. Pese a esto, MARTTI KOSKENNIEMI en su informe para el Grupo de Estudio sobre la Fragmentación del Derecho Internacional identificó cuatro situaciones en las que el principio puede operar:

---

<sup>34</sup>Esta tensión entre normas especiales y normas generales dentro del Derecho Internacional produjo el fenómeno que se conoce como fragmentación y que la Comisión de Derecho Internacional “distinguió tres tipos de conflicto a saber:

a) Los conflictos entre la ley general y una interpretación particular y poco ortodoxa de la normativa general;

b) Los conflictos entre la ley general y una norma particular que pretende ser una excepción a la ley general, y

c) Los conflictos entre dos tipos de normas especiales”.

(COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE NACIONES UNIDAS. A/CN.4/L.68213 de abril de 2006. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL..., Op. Cit., ¶ 47).

<sup>35</sup>Ibíd. ¶ 56.

<sup>36</sup> Piénsese por ejemplo, en el reclamo de denegación de justicia, que es una especificación de la regla del agotamiento de los recursos internos. En estas situaciones que tendremos dos normas (general y específica) que apuntan hacia la misma dirección. Ibíd. ¶ 56.

<sup>37</sup> Ibíd. ¶ 68.

- “1) Dentro de un único instrumento;
- 2) Entre dos instrumentos diferentes;
- 3) Entre una norma convencional y una norma no convencional; y
- 4) Entre dos normas no convencionales”<sup>38</sup>.

En el caso de la aplicación del principio “*lex specialis*”, a los TI encontraremos que éste, vendrá a ser aplicado generalmente para “regular la relación entre el tratado [de inversión] (...) (*lex specialis*) y la costumbre (como “ley general”)”<sup>39</sup>. Es decir, estará dentro de la tercera situación, según identificó, Martti Koskenniemi.

Un ejemplo de lo dicho en el párrafo anterior, lo encontramos en el caso de *INA Corporation* contra el Gobierno de la República Islámica del Irán, donde el Tribunal “no determinó el contenido preciso de la norma consuetudinaria [sobre compensación por nacionalización] pues estimó, que a los efectos de la causa (estamos ante una *lex specialis* en la forma del Tratado de Amistad, que en principio tiene primacía sobre las normas generales.)”<sup>40</sup> (Resaltado, mío).

En iguales términos se pronunció la Corte Internacional de Justicia, en adelante, CIJ, en el caso de los “contras” (Nicaragua contra Estados Unidos) cuando afirmó que:

"En general, como las normas convencionales son *lex specialis*, no sería apropiado que un Estado entablara una reclamación fundado en una norma de derecho consuetudinario si, en virtud de un tratado, ya ha establecido arbitrios para el arreglo de esa reclamación."(Resaltado, mío)<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> *Ibid.* ¶ 68.

<sup>39</sup> VILLIGER, M, *Customary International Law and Treaties: a study of their interactions and interrelations with special consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (1985) (Dordrecht: Nijhoff), p. 161.

<sup>40</sup> *INA Corporations v Iran*, Iran-U.S. C.T.R., vol. 8, 1985-I, p. 378. Aparece en COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE NACIONES UNIDAS. A/CN.4/L.68213 de abril de 2006. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL..., Op. Cit., ¶ 78.

<sup>41</sup> Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (*Nicaragua c. los Estados Unidos de América*) (*fondo del asunto*), I.C.J. Reports 1986, p. 137 (párr. 274).

Resumiendo, podemos ver claramente que "se acepta universalmente que - aparte de la consideración del *jus cogens*- un tratado *lex specialis* es derecho entre las partes en derogación del derecho consuetudinario general que, en caso contrario, habría regido en sus relaciones."<sup>42</sup>.

Esta derogación mencionada en el párrafo anterior, no debería verse como un reemplazo permanente del derecho consuetudinario general, ya que el principio de '*lex specialis*' únicamente indica la norma que "debe aplicarse (...) [tras lo cual] la norma especial, pasa para aplicarse en lugar de la norma general. Tal reemplazo permanece, no obstante siempre parcial. La norma más general permanece en el fondo proveyendo dirección interpretativa a la norma especial".<sup>43</sup>

Resulta atípico encontrar situaciones en la que la aplicación del principio "*lex specialis*" conlleva a una exclusión total o absoluta del derecho general consuetudinario. Como ocurrió en el caso de UPS contra Canadá, en el cual el Tribunal consideró que las reglas del capítulo 15 de NAFTA que trata sobre monopolios y empresas estatales eran "*lex specialis*" y se aplicaban con total independencia, de los Artículos de Responsabilidad Internacional de los Estados preparados por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas<sup>44</sup>.

### 1.6.1 REFERENCIA A LA *LEX SPECIALIS*

---

<sup>42</sup> COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE NACIONES UNIDAS. A/CN.4/L.68213 de abril de 2006. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL..., Op. Cit., ¶ 81.

<sup>43</sup> *Report of the Study Group of the International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, U.N. Doc. A/Cn.4/L.682 (Apr. 4 2006). Aparece en KURTZ, J. "Adjudging the Exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis". *Jean Monnet Working Paper 06/08*.p.35.

<sup>44</sup> *United Postal Service of America Inc. v Canada*, ICSID Arbitration, Award on the Merits (May 24, 2007). ¶ 59-62. Aparece en KURTZ, J. "Adjudging the Exceptional at International Law...", Op. Cit., p. 37.

MARTTI KOSKENNIEMI, en su informe sobre Fragmentación del Derecho Internacional para el Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, resalta dos “tipos de relaciones entre una norma particular y una general”<sup>45</sup>.

La primera, que considera a la norma particular como “la aplicación de una norma general en un caso concreto”<sup>46</sup>; mientras que la segunda, considera a la norma particular o especial como “una modificación, una derogación o una exclusión de una norma general”.<sup>47</sup>

De estas dos relaciones, el primer caso o referencia es interpretado como una situación que “implica la aplicación simultánea de la norma especial y la general”<sup>48</sup>.

En el presente trabajo, seguiremos y emplearemos la noción de “*lex specialis*” que hace aplicable al principio “incluso en ausencia de un conflicto directo entre dos disposiciones y cuando ambas habrían podido aplicarse simultáneamente.”<sup>49</sup>

## 1.6.2 APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE *LEX SPECIALIS*

### 1.6.2.1 *LEX SPECIALIS* COMO ELABORACIÓN DE *LEGE GENERALI*

---

<sup>45</sup> COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE NACIONES UNIDAS. A/CN.4/L.68213 de abril de 2006. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL..., Op.Cit., ¶ 88.

<sup>46</sup> *Ibíd.* ¶ 88

<sup>47</sup> *Ibíd.* ¶ 88.

<sup>48</sup> *Ibíd.* ¶ 88.

<sup>49</sup> Esto en consideración de que la mayoría de las veces “no es necesario (no es posible, de hecho) decidir si la *lex specialis* se utiliza como “criterio interpretativo” o como “técnica de solución de conflictos”, si se limita a “dar aplicación” a ciertas normas de carácter más general o si se aparta de ellas”. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE NACIONES UNIDAS. A/CN.4/L.68213 de abril de 2006. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL..., Op.Cit., ¶ 91.

La primera aplicación del principio la encontramos cuando, una norma es "*lex specialis*", en relación con otra norma como una "aplicación, actualización o desarrollo de ella o, lo que es lo mismo, como su suplemento, como un indicador de instrucciones de lo que una norma general exige en un caso particular"<sup>50</sup>.

Sobre este punto, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos declaró en el caso *AMOCO International Finance Corporation c. el Irán* que:

"Como *lex specialis*, (...) el Tratado prevalece sobre la *lex generalis*, es decir, el Derecho Internacional consuetudinario. No obstante, ello no significa que éste sea irrelevante (...) 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."<sup>51</sup>

El que una norma de Derecho Internacional consuetudinario sirva, para dar significado, a la norma especial, fue el método empleado por la CIJ, en su opinión consultiva emitida acerca de la Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares. En donde, para poder determinar lo que se entendía por privación arbitraria de vida debía aplicar la norma especializada, o la más específica, como era la contenida en el Derecho Internacional Humanitario o derecho de guerra<sup>52</sup>.

### 1.6.2.2 LEX SPECIALIS COMO EXCEPCIÓN A LA NORMA GENERAL

---

<sup>50</sup> *Ibíd.* ¶ 98. Caso en el que se encontrará el TI en la mayoría de situaciones, actuando como la norma *lex specialis* pero en algunos casos como es el de la Responsabilidad del Estado, el derecho consuetudinario es de gran utilidad para aplicar o efectivizar las normas del Tratado.

<sup>51</sup> *AMOCO International Finance Corporation c. el Irán*, Irán-U.S. C.T.R., 1987-II vol. 15, p. 222. ¶ 123.

<sup>52</sup> Pese a que en éste caso la Corte lo analizó la luz de las Convenciones de Ginebra, gran parte de dichas disposiciones han adquirido o tienen el carácter de norma consuetudinaria del Derecho Internacional. *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, *Opinión consultiva I.C.J. Reports 1996*, p. 240, ¶ 25.

La segunda forma en la que se puede aplicar o podemos encontrar referencia al principio de "*lex specialis*", es a través de la voluntad de los Estados de apartarse o derogar la aplicación de determinadas normas del Derecho Consuetudinario general, no obstante esto, la norma excluida que parecería desaparecer totalmente no lo hace, más bien, tiene una aplicación residual puesto que la norma especial desplaza a la norma general respecto a un aspecto en particular<sup>53</sup>.

Tenemos un ejemplo, de éste caso cuando las partes han decidido no requerir que, se agoten los recursos internos previo al sometimiento de una controversia a arbitraje internacional por el inversionista. Sin que esto implique, que la regla del agotamiento de recursos internos haya sido derogada en general, o no tendrá aplicación alguna en el Tratado, por ejemplo está seguirá siendo aplicable para presentar o encontrar que se ha producido una denegación de justicia.

### 1.6.3 PROHIBICIÓN DE LA *LEX SPECIALIS*

Como es bien sabido la mayor parte del Derecho Internacional general puede derogarse mediante "*lex specialis*". Sin embargo, de manera excepcional la naturaleza de ciertas normas generales, prohíbe expresamente cualquier desviación o derogación. Ese es el caso de las normas, "*jus cogens*", las que primarán y no se considerarán derogadas, aún con el consentimiento de los Estados<sup>54</sup>.

Como hemos podido constatar a lo largo de este capítulo el derecho aplicable al fondo de la controversia, será el propio Tratado de inversión. Por eso, analizaremos cómo se deberá interpretar el Tratado de inversión.

---

<sup>53</sup> COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE NACIONES UNIDAS. A/CN.4/L.68213 de abril de 2006. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL..., Op.Cit., ¶ 104.

<sup>54</sup> *Ibíd.* ¶ 108-109.



## II. INTERPRETACION DE LOS TRATADOS DE INVERSION

Una de las primeras tareas que tienen que realizar los tribunales de inversiones, antes de resolver la controversia planteada por un inversionista, es determinar cuál será la ley aplicable al fondo de la misma. Recapitulando, el derecho sustantivo aplicable al caso, será el mismo tratado internacional de inversión, que como todo tratado Internacional deberá ser interpretado “de acuerdo al derecho de las naciones [refiriéndose al Derecho Internacional], y no de acuerdo al derecho local”<sup>55</sup> lo que no obsta como se mencionó en la sección anterior a que, en ciertas ocasiones el Tribunal deberá aplicar el tratado de inversión “junto con el Derecho Internacional<sup>56</sup>, complementado por el derecho local<sup>57</sup>”. Pero como señalan PARADELL Y NEWCOMBE, esto no es el fin de la tarea<sup>58</sup>, es recién el comienzo de la tarea de los tribunales, la pregunta se vuelve entonces, cómo y cuándo recurrir al Derecho Internacional.

Opinión compartida por ZACHARY DOUGLAS, para quién “el asunto complejo es la técnica (...) y la extensión con la cual el derecho internacional general puede ser empleado para dar un contenido más específico a la (...)disposición del tratado de inversión que contiene el estándar de trato al inversionistas”<sup>59</sup>; puesto que el punto controvertido en el Derecho de Inversiones, no es el estándar de protección supuestamente vulnerado por el inversionistas o el concepto del mismo,

---

<sup>55</sup> Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v Sri Lanka, Award and Dissenting Opinion, ICSID Case No ARB/87/3, IIC 18 (1990) 27 June 1999. ¶ 39.

<sup>56</sup> Un ejemplo claro de esto lo podemos observar cuando, los tribunales recurren a las normas de Derecho Internacional acerca de la Responsabilidad Internacional de los Estados, para determinar cuándo y en qué condiciones una conducta podrá ser atribuida al Estado.

<sup>57</sup>Una situación de estas la tenemos cuando el Tribunal debe determinar si una compañía se encuentra debidamente constituida bajo las leyes de un país y puede acceder a la protección del TI, o si un inversionistas realizó una inversión conforme a las leyes del país que ahora está demandando.

<sup>58</sup> NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 109.

<sup>59</sup> ZACHARY, DOUGLAS. *The International Law of Investment Claims*. Op. Cit., p. 81. ¶ 141.

el punto controvertido resulta ser la aplicación de ese estándar o su concepto a las circunstancias del caso específico.<sup>60</sup>

## 1. INTERPRETANDO CONFORME EL DERECHO INTERNACIONAL

El Derecho Internacional podrá ser introducido a través de la interpretación misma del TI, el cual “asistirá en la interpretación del tratado de inversión”.<sup>61</sup> Posición respaldada, por la disposición del artículo 31(3) (c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que establece que al momento de interpretar las disposiciones del tratado, se tome en cuenta todas las normas relevantes de Derecho Internacional aplicable entre las partes.

MCLACHLAN, en su libro de *International Investment Arbitration Substantive Principles*, afirma que esta posibilidad de acudir al Derecho Internacional al momento de interpretar los Tratados de Inversión, se debe principalmente a que los Tratados de Inversión no son “regímenes autónomos. El significado de sus términos operativos debe ser informado por referencia a las reglas de Derecho Internacional aplicables entre las partes.”<sup>62</sup>

Sobre este mismo punto, ZACHARY DOUGLAS, apoya la noción que el TI no puede ser interpretado de manera aislada del resto del Derecho Internacional, y

<sup>60</sup> *Ibíd.* p. 81.¶ 141.

<sup>61</sup> NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 109-110.

<sup>62</sup> C. MCLACHLAN Y L. SHORE, Y M. WEINIGER, *International Investment Arbitration. Substantive Principles...* Op. Cit., p. 15.

La referencia al Derecho Internacional, según los mismos autores traerá como consecuencia dos presunciones:

a) Una presunción negativa, según la cual “al crear obligaciones a través del tratado, las intenciones de las partes fue no actuar de manera inconsistente” con las demás normas internacionales, entendiéndose principios generales del derecho y obligaciones emanadas de tratados con terceros estados.

b) La segunda presunción, sería una presunción positiva que es que “las partes se refieren a los principios generales del Derecho Internacional en todas las formas en las que el tratado no resuelve por sí mismo en términos expresos y en una manera diferente.” (*Ibíd.* p. 15-17).

más concretamente de los principios de este último, al ser justamente el TI una “creación del Derecho Internacional”<sup>63</sup>, que “operará dentro del sistema legal internacional”<sup>64</sup>.

En razón de que:

“todo acuerdo internacional debe ser visto como refiriéndose tácticamente a los principios del Derecho Internacional para todas las cuestiones que este no resuelve en términos expresos y de manera diferente”.<sup>65</sup>

Tomando en consideración lo anterior, se hace posible aplicar e interpretar el TI en conjunto con el Derecho Internacional ayudando a “llenar las posibles lagunas del Tratado, (...) determinar el significado de términos indefinidos en su Texto, o más general, para asistir la interpretación e implementación de sus normas”<sup>66</sup>.

## 2. LAS NORMAS DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS Tratados

Siendo los TI, tratados internacionales, no sorprende que los tribunales de inversiones, empleen de manera sistemática y recurren religiosamente a la hora de interpretar los TI a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena<sup>67</sup>, normas que

---

<sup>63</sup> ZACHARY, DOUGLAS. *The International Law of Investment Claims*. Op. Cit., p. 85.¶ 151.

<sup>64</sup> *Ibíd.* p. 85. ¶ 151.

<sup>65</sup> *Ibíd.* p. 85. ¶ 151.

<sup>66</sup> Amoco International Finance Corporation vs. Irán. Caso No. 310-56-3, de 14 de Julio de 1987 Aparece en *Ibíd.* p. 86.; también podemos encontrar este método empleado por la Corte Internacional de Justicia en los casos de las Plataformas Petroleras entre Estados Unidos v Irán del 2003, ¶ 41, entre otros.

<sup>67</sup> Sobre este punto podemos destacar entre otros a los tribunales de los casos Plama Consortium Limited v. Bulgaria, Decisión sobre Jurisdicción del 8 de febrero del 2005. ¶ 117, 147-165; Eureko ¶ 247; TECMED v. México; AAPL v. Sri Lanka, Award, 27 June 1990, ¶ 38-42; MTD v. Chile, Award, 25 May 2004, ¶ 112; Enron v. Argentina, Decision on Jurisdiction (Anc. Claim), 2 August 2004, ¶ 32; Salini v. Jordan, Decision on Jurisdiction, 29 November 2004, ¶ 75; Plama v. Bulgaria, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, ¶ 117, 147-165; Sempra Energy Intl. v. Argentina, Decision on Jurisdiction, 11 May 2005, ¶ 141; Camuzzi v. Argentina, Decision on Jurisdiction, 11 May 2005. ¶ 133; Methanex v. United States, Award, 3 August 2005, Part II, Chapter B, ¶ 15-23, Part IV, Chapter B, ¶ 29; Eureko v. Poland, Partial Award 19 August 2005, ¶ 247; Aguas del Tunari, S.A. v. Bolivia, Decisión Sobre Jurisdicción, 21 de Octubre 2005, ¶ 88-93, 226, 230, 239. Siemens v. Argentina, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004.

son consideradas como reflejo de normas consuetudinarias de Derecho Internacional<sup>68</sup>.

Por ejemplo, el Tribunal del caso Noble Ventures contra Rumania, sostuvo que siendo necesario interpretar el Tratado de inversión deberían “referirse a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que refleja el derecho consuetudinario internacional concerniente a la interpretación de los tratados”.<sup>69</sup>

De los dos artículos de la Convención de Viena, el artículo 31 se considera que contiene las reglas generales de interpretación de los tratados, dicha norma nos indica que debemos considerar tres elementos el texto, el contexto<sup>70</sup> y el objeto y fin del tratado. Por ende, se debe empezar naturalmente a interpretar el tratado por el texto de este, seguido del contexto y “después otras cuestiones, en particular cualquier material subsiguiente”<sup>71</sup>.

Pero, más allá del método o técnica que se esté empleando, para la interpretación del TI, el principio cardinal que regir toda interpretación es el de la buena fe<sup>72</sup>. Resultando que el Tribunal Arbitral a la hora de interpretar, tenga que recurrir a otros métodos de interpretación, “aún en el caso de que las palabras o términos del tratado sean claras, si al aplicarlas<sup>73</sup>” nos produce un resultado que sea manifiestamente absurdo o irracional.

---

<sup>68</sup> La Corte Internacional de Justicia, ha afirmado esto en el caso de disputas territoriales entre Libia y Chad, al sostener que de acuerdo con el Derecho Internacional consuetudinario, reflejado en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ICJ Reports 1994, p. 21-22; en igual sentido se pronunció en el caso de delimitación marítima entre Qatar y Baharian. Adicionalmente, sobre este punto véase, SCHWEBEL, S.M. “May Preparatory work be used to correct rather than confirm the clear meaning of a treaty provision”, p1. *Transnational Dispute Management*. Vol. 2- issue 5, Noviembre de 2005. Disponible en [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com), revisado por última vez el 2 de octubre de 2009; C. MCLACHLAN Y L. SHORE, Y M. WEINIGER, *International Investment Arbitration. Substantive Principles...*, Op. Cit. Chapter 7.

<sup>69</sup> Noble Ventures Inc. v Romania, Award, ICSID Case No ARB/01/11, IIC 179 (2005) 12 October 2005. ¶ 50. Así mismo véase el caso de Saluka Investment BV v Czech Republic, Partial Award, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 210 (2006) 17 March 2006. ¶ 296.

<sup>70</sup> El contexto se refiere al material relacionado a la conclusión del tratado,

<sup>71</sup> AUST, A. *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge University Press; Second Edition, November 5, 2007. p.234.

<sup>72</sup> Este principio es una manifestación directa del principio de *pacta Sunt Servanda* del artículo 26 de la Convención de Viena.

<sup>73</sup> AUST, A. *Modern Treaty Law and Practice...*, Op. Cit., p. 234.

## 2.1 INTERPRETACIÓN LITERAL O TEXTUAL DEL TI

Ahora bien, el hecho de que los tribunales de inversiones recurran al artículo 31 y 32 de la Convención de Viena no significa que, estos apliquen ambas disposiciones de manera simultánea, puesto que el artículo 32 está concebido como un artículo de interpretación auxiliar aplicable para confirmar el significado obtenido o luego de que los métodos interpretativos del artículo 31 hayan arrojado un resultado absurdo. Por esta razón, los tribunales de inversiones empiezan la tarea interpretativa, según los métodos determinados en el artículo 31 de la Convención de Viena esto es, analizando el significado ordinario de los términos empelados en el TI.

En palabras de MCNAIR, el interpretar el TI según el significado ordinario de las palabras del mismo permite “dar efecto a la intención expresa de las partes, eso es su intención expresada en las palabras usadas por ellos a la luz de las circunstancias que las rodean.”<sup>74</sup> Esta determinación del significado ordinario que deben recibir los términos de un TI “no se puede realizar en abstracto, sólo en el contexto del tratado y a la luz de su objeto y fin.”<sup>75</sup> Aunque en la práctica, el observar el propósito y fin de un tratado es más con una finalidad de confirmar una interpretación, para evitar que esta sea incompatible con el objeto y fin del TI, ya que si es incompatible con el objeto y fin del TI puede que esté equivocada<sup>76</sup>.

Por esta razón, se dice que a pesar de que de el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena, se refiere tanto los métodos “textuales (o literal) y al de efectividad (o teleológico) (...) da preferencia [a una interpretación] textual<sup>77</sup>”.

---

<sup>74</sup> MCNAIR, p. 365. Aparece en *Ibíd.* p. 235.

<sup>75</sup> *Ibíd.* p. 235.

<sup>76</sup> *Ibíd.* p. 235. Véase también, las conclusión alcanzada por la CIJ/ICJ en el caso *Bostwana v. Namibia*, ICJ Reports (1999), p. 1045, ¶ 43-45.

<sup>77</sup> O'CONNELL, p. 255. Aparece en AUST, A. *Modern Treaty Law and Practice...* Op. Cit., p. 237.

El énfasis en recurrir al texto del TI a la hora de interpretar el mismo, es resaltado por PAUL REUTER, para quién “la primacía del texto, en el Derecho Internacional, es la regla cardinal de cualquier interpretación”<sup>78</sup>, sin olvidar que el “propósito de la interpretación es determinar la intención de las partes a partir del texto”<sup>79</sup>.

Esta posición de primacía del texto de un tratado, es reafirmada por IAN SINCLAIR, que al analizar la metodología interpretativa de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, indica que “está claramente inspirada en la noción de que el texto del tratado se presume que es el reflejo de la auténtica voluntad de las partes”.<sup>80</sup>

Por su parte, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, en adelante, CDI rechazó la visión de que al interpretar un tratado se debe privilegiar a un aspecto particular como el texto, o la supuesta intención de las partes, o el objeto y fin del tratado. Pero este rechazo por parte de la CDI fue al uso ciego y casi dogmático de un aspecto en particular de un Tratado en detrimento de otros, más no a empezar por considerar si el texto del tratado, es el fiel reflejo de la voluntad de las partes.

Por esta razón, es que ANTHONY AUST en su libro *Modern Treaty Law and Practice* considera que “enfaticar demasiado en el texto del tratado sin tomar en cuenta la intención de las partes; o en el supuesto propósito y fin con el propósito de hacer el tratado más efectivo sin mirar la intención de las partes, es probable que se produzca un resultado poco satisfactorio”<sup>81</sup>.

Por tanto, no es extraño que el acudir al tenor literal de TI, no siempre dará resultados porque “en algunos casos resultará en nada más que un intercambio de

---

<sup>78</sup> Reuter, Paul. *Introduction to the Law of Treaties...*, Op. Cit., p. 96.

<sup>79</sup> *Ibíd.* p. 96.

<sup>80</sup> SINCLAIR, IAN. *The Viena Convention on the Law of Treaties*. Second Edition, 1984. p.115.; En el mismo sentido, véase también a D.P O’CONNELL que resalta que el artículo 31(1) de la Convención de Viena personifica las técnicas literales y teleológicas de interpretación. *International Law*, Vol. I. Second Edition. 1970. P.255.

<sup>81</sup>AUST, A. *Modern Treaty Law and Practice...*, Op. Cit., p. 231.

sinónimos”<sup>82</sup>; un ejemplo de estos, es el resultado que obtuvo el Tribunal en MTD contra Chile, al analizar el estándar de trato justo y equitativo, que lo hizo empleando la definición del Diccionario de Inglés de OXFORD sobre los términos ‘fair’ y ‘equitable’<sup>83</sup>, lo que “parece no haber llevado muy lejos al tribunal”.<sup>84</sup>

En términos parecidos a los Tribunal MTD, ZACHARY DOUGLAS resalta que, el recurrir al texto de Tratado “rara vez llevará al tribunal muy lejos en su búsqueda de interpretar un concepto como trato justo y equitativo (...) nada se gana con recurrir a definiciones del diccionario”<sup>85</sup>.

Finalizando esta sección puede mencionarse que, la tarea interpretativa de los tribunales podría empezar por el texto mismo del TI, pero evitando aplicaciones dogmáticas o descuidando otros aspectos del TI como son el objeto y fin del mismo.

## 2.2 MEDIOS SUPLEMENTARIOS DE INTERPRETACIÓN

A más de los métodos referidos en el artículo 31 de la Convención de Viena podemos emplear los métodos complementarios de interpretación que, están contenidos en el artículo 32 de la Convención de Viena.

La segunda parte del artículo 32 de la Convención de Viena requiere que se acuda a estos métodos de interpretación, en todos los casos en que las técnicas interpretativas contenidas en el artículo 31 nos produzcan a) un resultado ambiguo u oscuro, o b) cuando produzcan un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable<sup>86</sup>.

De ahí que cuando se producen aquellas situaciones contempladas en el artículo 32 de la Convención de Viena, los tribunales internacionales recurran

<sup>82</sup> C. McLACHLAN Y L. SHORE, Y M. WEINIGER, *International Investment...*, Op. Cit., p. 371.

<sup>83</sup> NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 111-112.

<sup>84</sup> *Ibíd.*, p. 111-112.

<sup>85</sup> ZACHARY, DOUGLAS. *The International Law of Investment Claims...* Op. Cit., p. 83.¶ 146.

<sup>86</sup> Art. 32 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados.

habitualmente a principios especiales o presunciones “como medios suplementarios para determinar el significado ordinario”<sup>87</sup>. Uno de estos principios de interpretación, es el de ‘*expressio unius est exclusio alterius*’ (una mención específica de un término excluye a otra).<sup>88</sup>

Esta máxima, se refiere a que si una norma del TI menciona específicamente algo en determinada disposición, esta se entenderá excluida. Sin embargo, como menciona CHRISTOPHER SCHREUER “si el hecho de mencionar una palabra o de una serie de palabras en una provisión realmente excluye la relevancia de otras palabras depende mucho de las circunstancias particulares y no puede ser contestado de una manera generalizada”.<sup>89</sup>

A más de dicho principio, los tribunales recurren al principio de ‘*ejusdem generis*’ cuya aplicación práctica significa que “palabras generales seguidas o precediendo palabras especiales están limitadas al género indicado por la palabra especial”.<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> OPPENHEIM International Law, refiriéndose a una serie de principios y máximas de interpretación suplementaria. Aparece en NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 112.

<sup>88</sup> Criterio aplicado por el Tribunal del caso National Grid Plc. v Argentina, Decision on Jurisdiction, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 178 (2006) 20 June 2006.¶ 82.

<sup>89</sup> C. SCHREUER. “Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration”. *Transnational Dispute Management. Vol. 3 2006. p.7*. Disponible en: [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com); Consultado por última vez, el 15 de octubre de 2009. Esta recomendación de precaución y de que el enfoque interpretativo sea realice caso a caso, es de particular importancia en el Derecho Internacional de las Inversiones; porque pese a la similitud de lenguaje, contenido y formulaciones de muchos Tratados Bilaterales de Inversión, estos no siempre tienen una formulación similar. Es por ello, que en muchos casos los tribunales de inversiones en disputas bastante similares han llegado a conclusiones dispares lo que ha llevado a muchos Estados y comentaristas a cuestionar la legitimidad del sistema; pero más allá de la aparente contradicción en las decisiones podemos encontrar que estas se justificarían, por la diferencia de lenguaje en los diferentes tratados que han tenido que interpretar los tribunales, esto es particularmente cierto en el caso de la interpretación de la cláusula de nación más favorecida que en algunas ocasiones se ha interpretado como extendiendo a provisiones de resolución de controversias, mientras que en otras no, esta conclusión se ha hecho aplicando el principio enunciado arriba de la referencia específica de un término.

<sup>90</sup> BROWNIE, IAN. *Principles of Public International Law*. Sixth Edition. Oxford, Oxford University Press, 2003.p.604. Según PARADELL Y NEWCOMBE este principio se considera como el básico para la interpretación de las cláusulas de nación más favorecida, según este principio la cláusula únicamente opera bajo materias cubiertas por el tratado básico. NEWCOMBE, A Y PARADELL,

Las precaución mencionadas anteriormente para el principio de *'expressio unius est exclusio alterius'*, de poner atención en las circunstancias particulares de cada caso, se extiende a todos los principios interpretativos mencionados. Cuyo uso requiere precaución por parte de los tribunales que los aplican, al ser "guías interpretativas que no deben ser seguidas de una manera dogmática".<sup>91</sup>

### 2.3 INTERPRETACIÓN ANALÓGICA

Los tribunales de inversiones han sido proclives a interpretar el TI usando el principio de analogía. Es decir, "basándose en tratados modelo (...) [usando un enfoque] (...) comparativo entre el TBI en cuestión y otros TBI's concluidos por ese mismo Estado, u otro TBI modelo".<sup>92</sup> Este enfoque interpretativo parecería no ser empleado de manera directa para interpretar la cláusula del TI, sino que ha sido utilizado para aclarar, reafirmar una determinada interpretación por parte de los tribunales.<sup>93</sup> Además, los tribunales deben tener cuidado al aplicar este método de interpretación por analogía, porque no sería correcto que, por seguir un determinado criterio interpretativo de algún tribunal anterior o el texto de otros tratados se prive del efecto al tratado que se está interpretando<sup>94</sup>.

---

L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 112-113. Citando al tribunal del Caso Maffezzini contra España.

<sup>91</sup> NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 112.

<sup>92</sup> *Ibid.* p. 112.

<sup>93</sup> Podemos encontrar que ese enfoque ha sido empleado por los tribunales CIADI, para confirmar reafirmar las determinaciones de los tribunales respecto al alcance de una norma del tratado, como en el caso de la cláusula de nación más favorecida National Grip, Siemens; también ha sido empleado por algunos tribunales para excluir cierto tipo de excepciones planteadas por los Estados parte en determinadas controversias, como es el de los elementos del concepto de inversión, o el requerimiento de agotar recursos internos antes de remitir la disputa a solución de los tribunales internacionales Metalpar, Telenor; y más recientemente ha demostrado ser de gran utilidad al momento de comparar el leguaje de la cláusula de derogación del TBI, para determinar dicha cláusula puede ser catalogada como *self judging* descansando totalmente en la discreción del Estado que la invoca, o si por el contrario esta cláusula podrá ser sujeta a revisión por parte de los Tribunales. Véase caso CMS vs. Argentina. ¶ 368- 373.

<sup>94</sup> NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 113.

Por esta razón, la conclusión a la que arribó el Tribunal del caso AES contra Argentina parecería adecuada<sup>95</sup>, al recalcar que cada tribunal es libre de tomar cualquier decisión respecto los temas que han sido sometidos a su conocimiento, pero el Tribunal puede considerar las decisiones que otros tribunales han tomado, al tratar los mismos asuntos para comparar entre ellos.<sup>96</sup>

## 2.4 EL USO DE TRABAJOS PREPARATORIOS

Uno de los mecanismos complementarios del Artículo 42 de la Convención de Viena, es la posibilidad de acudir a los trabajos preparatorios del TI, pero como menciona ANTHONY AUST en su libro *Modern Treaty Practice*, su utilización “está limitada al propósito principal de interpretar un tratado, que es la elucidación sobre el significado del texto del mismo, no para una investigación de la supuesta intención de las partes.”<sup>97</sup>

Dicha limitación estaría justificada, porque los trabajos preparatorios “por su propia naturaleza son menos auténticos que otros elementos, siendo frecuentemente incompletos y [arrojan un resultado] engañoso.”<sup>98</sup>

No obstante esto, y con la precaución mencionada, el artículo 32 de la Convención de Viena señala que se podrá recurrir a los trabajos preparatorios<sup>99</sup> “para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31.”<sup>100</sup>

Acerca del uso de los trabajos preparatorios para interpretar el TI, el ex Presidente de la Corte Internacional de Justicia, STEPHEN SCHWEBEL, sostiene que

---

<sup>95</sup> SCHREUER, C. “Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration...”, Op. Cit., p. 9.

<sup>96</sup> AES Corporation v Argentina, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/17, IIC 04(2005) 26 April 2005. ¶ 30-31.

<sup>97</sup>AUST, A. *Modern Treaty Law and Practice...*, Op. Cit., p. 244.

<sup>98</sup> *Ibíd.* p. 244.

<sup>99</sup> Normalmente, se entiende que los trabajos preparatorios de un tratado abarcan “el material escrito, como borradores sucesivos del tratado, documentos de la conferencia, declaraciones de explicación de un experto, declaraciones indiscutidas por un *Chairman*”. *Ibíd.* p. 246.

<sup>100</sup> Art.32 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados.

“se debe recurrir a los trabajos preparatorios no sólo para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, sino que “puede ser invocado para corregir el significado ordinario (...) deducido”<sup>101</sup>.

Para SCHWEBEL, la idea de emplear los trabajos preparatorios como método correctivo y no sólo de confirmación de una determinación previa tendría su justificación en el mismo artículo 31 de la Convención de Viena que prescribe que los Tratados deberán ser interpretados de buena fe, “por lo que la provisión del artículo 32(...) debe ser entendida como teniendo un significado y no en sentido contrario. Si el trabajo preparatorio sólo puede ser invocado cuando confirma el significado común de otra forma deducido, la provisión en el artículo 32 se aproximaría a quedar sin significado (...) pero si se emplea el artículo 32<sup>102</sup>” para corregir el significado ordinario o corriente esta, tendría plena validez.

Igualmente como señala Schwebel, la práctica y los precedentes demostraría que los trabajos preparatorios “son a menudo usados para ejercer presión sobre la interpretación de los tratados por las partes y sus intérpretes;”<sup>103</sup> ya sea, para confirmar o corregir la interpretación a la que llegaron.

En el Derecho de Inversiones el uso de trabajos preparatorios<sup>104</sup> como un método auxiliar que permitiría dilucidar, la intención de las partes durante la negociación del instrumento no ha sido posible, y su uso “ha sido más bien escaso”.<sup>105</sup> Esto se debería, a que “la historia de negociación de los TBI’s es

---

<sup>101</sup> SCHWEBEL, S. M. “May Preparatory work be used to correct rather than confirm the clear meaning of a treaty provision”. *Transnational Dispute Management*. Vol. 2- issue 5, Novembre de 2005...Op. Cit., p4.

<sup>102</sup> *Ibíd.* p. 4.

<sup>103</sup> *Ibíd.* p. 4-5.

<sup>104</sup> Con la salvedad de que los Tribunales han podido recurrir y emplean de manera rutinaria los trabajos preparatorios del Convenio CIADI, para interpretar las disposiciones de dicho instrumento, pero esto no se puede hacer en los méritos de la disputa al ser el Convenio las reglas y normas aplicables al procedimiento de la controversia.

<sup>105</sup> Como excepción a esta regla véase *Inceysa Vallisoletana S.L v. El Salvador* (Decisión sobre Fondo, Agosto 2006). ¶ 192. Así como también, podemos en general revisar los laudos o decisiones emitidas bajo el NAFTA, puesto que por disposición de las partes estas han decidido hacer público la documentación sobre las negociaciones del Tratado en la parte relativa a la inversión, a mas de contar con un libro de calidad que recopila la información de esta negociación como es el libro de

tradicionalmente no documentada y como resultado los *travaux* no están disponibles.”<sup>106</sup>

Por ello, parecería que el no uso de trabajos preparatorios se debería principalmente a la falta de los mismos o lo incompletos de estos, porque en los casos en los que están disponibles, como es el caso de los trabajos preparatorios de la Convención del CIADI y los comentarios realizados por Aron Broches, el arquitecto del Convenio, han probado ser de gran utilidad y decisivos a la hora de determinar la jurisdicción del Centro para conocer determinadas controversias<sup>107</sup>, probando la predisposición de los tribunales de apoyarse en ellos cuando están disponibles y lo suficientemente completos.

## 2.5 INTERPRETACIÓN CONFORME EL OBJETO Y FIN DEL TI

El otro método interpretativo empleado por los tribunales de inversiones, a más del tenor literal de la disposición del TI, es el criterio también incorporado en el citado artículo 31 de la Convención de Viena que sugiere interpretar el TI de buena fe y teniendo en cuenta su objeto y fin.

La interpretación del TI a través de su objeto y fin está directamente relacionada con el principio de efectividad o efecto útil de las provisiones de un

---

ANDREA BJORKLUND, titulado *Investment Disputes Under Nafta: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*.

<sup>106</sup> SCHREUER, C. “Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration...”, *Op. Cit.*, p. 9. Opinión compartida también por MCLACHLAN, CAMPBELL, SHORE, LAURENCE, WEINIGER, MATTHEW. *International Investment Arbitration Substantive Principles...*, *Op. Cit.*, p. 16-17.

<sup>107</sup> Para citar únicamente algunos ejemplos en lo que los tribunales han aplicado y utilizados dichos trabajos véase *Rompetrol N.V Group. contra Romania .Decision on Respondent’s Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility (ICSID Case No. ARB/06/3)*. *TSA Spectrum de Argentina S.A. c. La República Argentina Caso CIADI No ARB/05/5*. Laudo; la opinión disidente de Grant Aldonas.

tratado.<sup>108</sup> Esto implica que se debería preferir la interpretación que otorgue un significado o contenido práctico a una disposición del TI por encima de una que la prive de dicho efecto<sup>109</sup>. Caso contrario ocurriría, que no se daría “efecto a todos los términos de [l tratado de inversión y nos daría una lectura] (...) que reduciría párrafos enteros del Tratado a [meras redundancias].”<sup>110</sup>

Este enfoque teleológico y textual, ha sido criticado por algunos tratadistas al sostener que es una interpretación inclinada a favor de los inversionistas en detrimento de los Estados receptores. Debido a que el objeto y fin del TI sería la protección y promoción de las inversiones<sup>111</sup>, y que cualquier duda en su interpretación debería resolverse a favor del inversionista<sup>112</sup>.

Por eso, los críticos de ese enfoque creen que “la determinación del objeto y fin puede ser engañosa, y el hecho de que los [TI](...) comúnmente contienen preámbulos indicando que su propósito es promocionar y proteger la inversión no puede ser equiparado con la preferencia a proteger los intereses del inversionistas extranjero por encima de los del Estado Receptor”<sup>113</sup>.

---

<sup>108</sup> Al respecto, STEPHEN SCHWEBEL, resalta que esta criterio de interpretación es una emanación directa del principio de la buena fe (...) que soporta la [idea de que] (...) las disposiciones de (...) [un tratado de inversiones] deben interpretarse para ser útiles en lugar de inútiles. SCHWEBEL, S.M. “May Preparatory work be used to correct rather than confirm the clear meaning of a treaty provision”. *Transnational Dispute Management. Vol. 2- issue 5, Novembre de 2005...* Op. Cit., p. 5.

Véase. *Noble Ventures Inc. v Romania, Award, ICSID Case No ARB/01/11, IIC 179 (2005) 12 October 2005.* ¶ 50. Así como las decisiones del Panel de Apelaciones de la OMC en los casos *United States – Standards for Reformulated Gasoline, WT/DS2/9, Report of the Appellate Body (May 20, 1996), at 23;* *Japan Taxes and Alcoholic Beverages, WT/DS/AB/R, Report of the Appellate Body (Oct4, 1996), at 10-1.*

<sup>109</sup> NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 113-114.

<sup>110</sup> KURTZ, J. “Adjudging the Exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis”. *Jean Monnet Working Paper 06/08.* p. 41.

<sup>111</sup> SCHREUER, C. “Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration...”, Op. Cit., p. 10.

<sup>112</sup> *Ibíd.* p.10. *Noble Ventures Inc. v Romania, Award, ICSID Case No ARB/01/11, IIC 179 (2005) 12 October 2005.* ¶ 50.

<sup>113</sup> NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 113-115., ZACHARY, DOUGLAS. *The International Law of Investment Claims...*, Op. Cit., p. 51.

Por lo tanto, la crítica se ha centrado no tanto, en acudir al objeto y fin del TI, sino como menciona ZACHARY DOUGLAS al método en sí<sup>114</sup> puesto que los tribunales de inversión se han valido del “preámbulo del tratado para elucidar el contenido sustantivo de las obligaciones de protección a la inversión”<sup>115</sup>.

Problema que según el mismo ZACHARY DOUGLAS, radicaría en que los tribunales de inversiones estarían transformado las políticas de los Estados contenidas en los preámbulos de los TI, en “principios del derecho”<sup>116</sup> que determinarían la aplicación de los estándares de protección del tratado de inversión.”<sup>117</sup>

Por consiguiente, cuando aplican el preámbulo los tribunales lo harían creyendo que están promoviendo una política general de mayor cooperación económica o de estimulación de capital privado entre las partes Contratantes del TI, análisis que según ZACHARY DOUGLAS no estarían en condiciones realizar, ya que el “tribunal(...)[no podrá] saber si la interpretación [de un estándar] va a alcanzar mayor cooperación económica”<sup>118</sup>; por ello, este autor considera que el preámbulo de un TI no debería ser decisiva en la resolución del Tribunal, sino que debería basar sus decisiones en principios del derecho en lugar de “políticas” como las denomina<sup>119</sup>.

En vista de esta objeción, no del todo infundada sobre equiparar el objeto y fin de los TI, con la sola finalidad de proteger las inversiones, se hace pertinente destacar lo dicho por el Tribunal del caso Plama contra Bulgaria:

---

<sup>114</sup> Según él es un error de interpretación que no tiene apoyo tampoco bajo el Art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

<sup>115</sup> ZACHARY, DOUGLAS. *The International Law of Investment Claims...*, Op. Cit., p. 83.¶ 146.

<sup>116</sup> La distinción entre políticas y principios, es la hecha por R.DWORKIN., en su obra *Taking Rights Seriously* (1977), p. 22. Quién define a un principio como “un estándar a ser observado, no porque avance o asegure una situación política, económico o social considerada deseable, sino porque es requerida por la justicia”. Aparece en ZACHARY, DOUGLAS. *The International Law of Investment Claims...*, Op. Cit., p. 83.¶ 147. “Mientras que una política es lo contrario, es una “especie de estándar que establece una meta a ser alcanzada, generalmente una mejora de una situación económica, política o social para la comunidad”. *Ibid.*, p. 83.¶ 147.

<sup>117</sup> *Ibid.* p. 83. ¶ 147.

<sup>118</sup> *Ibid.* p. 83. ¶ 148.

<sup>119</sup> *Ibid.* p. 83. ¶ 148.

“el Tribunal es consciente de la advertencia de IAN SINCLAIR sobre el riesgo de colocar indebidamente mucho énfasis sobre el “objeto y fin “de un tratado incentivarían (...) métodos de interpretación (...) que en sus formas más extremas, inclusive denegarían la relevancia de las intenciones de las partes”<sup>120</sup>.

Bajo esa premisa y en aras de evitar este tipo de interpretación que, contribuirá a deslegitimar al sistema de solución de controversias en materia de inversiones lo más saludable podría ser interpretar el TI de una manera balanceada, recordando que la protección de las inversiones no es el fin único del TI, y que una interpretación que exagere el nivel de protección que deberá recibir las inversiones extranjeras podría enervar la intención de intensificar y aumentar las relaciones económicas entre las partes<sup>121</sup>.

NEWCOMBE Y PARADELL mencionan como algunos tribunales tratando de atemperar y evitar una interpretación pro inversionista, se habrían inclinado por una interpretación pro Estado al sostener que “las obligaciones de los tratados son una derogación de soberanía y consiguientemente la interpretación que implique una obligación menor [para el Estado] debe ser favorecida.<sup>122</sup> Esta posición de interpretar de manera restrictiva un TI, es conocida en la doctrina como ‘*in dubio pars mitio est sequenda, in dubio mitius*’. A pesar de que se crea que este tipo de interpretación será siempre favorable para los Estados, es también perjudicial a los intereses de este y no sólo del inversionista.<sup>123</sup>

---

<sup>120</sup> Plama Consortium Ltd. v Bulgaria, Award, ICSID Case No ARB/03/24; IIC 338 (2008) 27 August 2008. ¶ 193.

<sup>121</sup> Saluka Investment BV v Czech Republic, Partial Award, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 210 (2006) 17 March 2006. ¶ 299-300.

<sup>122</sup> NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 114-116.

<sup>123</sup> Para un análisis profundo sobre este punto véase el trabajo de KURTZ, J. “Adjudging the Exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis”. *Jean Monnet Working Paper 06/08*, quién aborda el tema desde la aplicación e interpretación de la cláusula de derogación de los TI en los casos contra el Estado Argentina tras la crisis económica.

Porque sí bien aplicando dicho criterio en el caso de *SGS v Pakistán* sirvió para restringir el alcance de los estándares de protección al inversionista, como sucedió con la cláusula paraguas, el Estado puede ser víctima de una interpretación restrictiva y rigurosa haciendo para este caso imposible satisfacer los requisitos de la cláusula de derogación de los TI<sup>124</sup>.

Adicionalmente, la interpretación restrictiva es abiertamente contradictoria con el principio de que todas las normas de un tratado deben ser interpretadas para que tenga un efecto o utilidad, y hasta cierto punto con el principio de buena fe, sin desconocer que se desvirtúa el propósito y fin del TI, que es el de establecer de manera recíproca la cooperación económica entre los dos Estados<sup>125</sup>.

Inclusive, la existencia misma de este principio es cuestionable, puesto que como señaló la Corte Permanente de Justicia en el Caso Wimbledon:

“declina ver que la conclusión de un tratado por el cual el Estado asume la ejecución o el abstenerse de ejecutar un acto en particular [constituye] un abandono [desaparición] de su soberanía. No hay duda que cada convención que cree una obligación de este tipo, comporta una restricción en el ejercicio de los derechos soberanos del Estado, en el sentido de que requiere que estos sean ejercidos de cierta manera. Pero el derecho de (...) [adquirir] (...) compromisos internacionales es un atributo de la Soberanía Estatal.”<sup>126</sup>

---

<sup>124</sup>Para un análisis detallado de los efectos negativos para los Estados de una interpretación restrictiva de la cláusula de derogación del TI véase el trabajo de BJORKLUND, ANDREA K. “Emergency Exceptions to International Obligations in the Realm of Foreign Investment: The State of Necessity and Force Majeure as Circumstances Precluding Wrongfulness”. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Edited by Muchlinski, p. & Others. Oxford University Press, Nueva York, 2008.

<sup>125</sup> NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 116.

<sup>126</sup> Caso S.S Wimbledon (1923) Permanent Court of Justice Ser. A, No. 1 ¶ .25.

## 2.6 PRÁCTICA POSTERIOR Y ACUERDOS POSTERIORES

El artículo 31 de la Convención de Viena, prevé que se tome en cuenta para la interpretación de un tratado cualquier acuerdo posterior entre las partes acerca de la interpretación, aplicación que debe darse al tratado que está siendo analizado.<sup>127</sup>

En la práctica estos acuerdos posteriores vendrían a ser “una interpretación autorizada de los términos [del tratado] sin necesidad de un nuevo tratado”<sup>128</sup>. En síntesis lo determinante aquí es el propósito claro e inequívoco de las partes, de interpretar los términos o disposiciones del TI, más que la forma en que dicha interpretación es adoptada<sup>129</sup>.

A más de los acuerdos expresos entre las partes de cómo interpretar el TI debemos también tomar en cuenta, si es que hay alguna práctica subsiguiente en la aplicación de ese TI que nos permita determinar cómo las partes han querido que sea interpretado.

## 2.7 SIGNIFICADO ESPECIAL

Posteriormente, el artículo 31.4 de la Convención de Viena prevé la posibilidad de que se le atribuya “un sentido especial [a un determinado término del Tratado siempre y cuando] (...) consta que tal fue la intención de las partes”<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> En este sentido, podemos encontrar la declaración conjunta que emitieron los gobiernos de República Checa y Holanda luego del laudo parcial en el caso CME, donde realización una declaración conjunta sobre el sentido y alcance que debía darse a los términos del Tratado, declaración que fue tomada en cuenta por el Tribunal a la hora de emitir el Laudo final.

<sup>128</sup> AUST, A. *Modern Treaty Law and Practice...*, Op. Cit., p. 239. Citando como un ejemplo de esto al intercambio de notas de 1996 entre República Checa y el Reino Unido sobre la interpretación de la Convención de Viena de Relaciones Consulares de 1975.

<sup>129</sup> Tal como señala ANTHONY AUST, el uso de estos mecanismo debe realizar con precaución y moderación puesto que la distinción entre una enmienda y una aplicación no es fácil de establecer en la práctica; pudiéndose ocasionar problemas; es que en la práctica si estos mecanismos son empleados con el propósito de introducir verdaderas modificaciones que debería realizarse a través de una reforma formal del tratado en cuestión. (AUST, A. *Modern Treaty Law and Practice...*, Op. Cit., p. 185).

<sup>130</sup> *Ibíd.* p. 245.

Esto significa que las partes en una disputa podrán alegar que el término tiene un significado especial diferente a su significado ordinario, y que cuando se celebró el TI tuvieron la intención de asignarle un significado distinto a dicha disposición.

Este método de interpretación, no ha tenido que emplearse por los tribunales de inversión sino hasta recientemente cuando el Estado Argentino alegó en los arbitrajes surgidos tras la crisis económica del año 2000, que el Art. XI<sup>131</sup> del Tratado de Inversiones con Estados Unidos era una norma de naturaleza auto juzgable<sup>132</sup>, y que las partes habían acordado en atribuirle dicho significado pese a que no se desprendía del texto<sup>133</sup> de dicho artículo. Posición que fue posteriormente rechazada por los tribunales arbitrales<sup>134</sup> al haber fallado Argentina en demostrar que tal fue la intención de las partes al momento de celebrar el TI.

---

<sup>131</sup> Cuyo texto dice : “1. El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Parte de las medidas necesarias para el mantenimiento de orden público, el cumplimiento de sus compromisos respecto del mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de los intereses esenciales de su seguridad”. Artículo XI Tratado de Bilateral de Inversión Ecuador- Estados Unidos. Disponible en Codificación y Recopilación del Régimen de Derecho Internacional Privado. FUNCION LEGISLATIVA. CODIFICACION2005-012. TOMO I. Publicada en el Suplemento al Registro Oficial del 25 de Noviembre de 2005, No. 153.

<sup>132</sup> Se conoce como auto juzgable aquellas normas que “conceden al Estado la discreción para unilateralmente salirse (en un sentido amplio y no técnico) de una obligación internacional...a través de excepciones a las obligaciones de los tratados, justificaciones a los incumplimientos...y derogaciones totales de regímenes tratados” SCHILL, S. & BRIESE, R. “If the State Considers”: Self-judging Clauses in International Dispute Settlement”. *Max Plank Yearbook of United Nations Law. Volume, 13, 2009.* 2009 Koninklijke Brill N.V. Printed in the Netherlands. p. 7-8. Sin perjuicio de que, la “evaluación de si los elementos para esa salida están establecidos no se establecen de manera directa y objetiva desde un punto de vista externa, sino principalmente desde el punto de vista del Estado” SCHILL, S. & BRIESE, R. “If the State Considers: Self-judging Clauses in International Dispute Settlement”..., Op. Cit., p. 7-8. Es decir, se le confiere al mismo Estado el “poder de interpretar la cláusula del Tratado de manera total o en parte”. Para una discusión más detallada de este tipo de norma véase SCHILL, S. & BRIESE, R. “If the State Considers: Self-judging Clauses in International Dispute Settlement”...Op. Cit., p. 7-8.

<sup>133</sup> El Argumento del Estado Argentino, se centró en que las partes habían acordado que dicha normas era implícitamente auto juzgables, por lo que el Tribunal no podía entrar a analizar si las medidas que este adoptó eran o no necesarias para proteger sus interés esenciales de seguridad, o que en caso que el Tribunal consideraría que esto no era así podía sólo ser sujeto a una revisión o determinación de buena fe de las medidas.

<sup>134</sup> Esta es uno de los pocos puntos en lo que los tribunales han coincidido al interpretar dicho artículo del Tratado.

## 2.8 DECLARACIONES O INTERPRETACIONES DADAS POR LAS PARTES

Finalmente, los tribunales de inversiones al momento de interpretar el TI deben examinar si las partes han realizado una declaración o clarificación sobre el alcance, contenido, significado de un término del TI o no. Cuando la respuesta es afirmativa, es decir, existe dicha interpretación, los tribunales necesariamente tendrán que aplicarla o tomarla en cuenta conforme lo establecido en el artículo 31(3) (a) de la Convención de Viena.

No obstante, los tribunales han sido claros y enfáticos en el rechazo de los “argumentos presentados por las partes de que su posición esta implícitamente en acuerdo con la de la otra parte”<sup>135</sup> acerca del alcance de alguna disposición del TI. Esto se explica fácilmente, porque cuando las partes desean limitar el alcance, significado de una disposición del TI deben hacerlo de manera expresa, clara e inequívoca. Requiriéndose que los Estados se junten y de manera común expresen en un documento cuál será su posición respecto a dicha cláusula<sup>136</sup>.

Concluyendo esta sección, hemos podido constatar los mecanismos bajos los cuales los tribunales de inversiones interpretan y aplican los TI en una controversia particular. Destacando que lo hacen principalmente apoyados en las reglas contenidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, así como en el principio de “*lex specialis*” integrando las normas de Derecho Internacional General en su interpretación, asegurando la aplicación del TI a los casos concretos.

---

<sup>135</sup> *Ibíd.* p. 118. Sobre este tema, véase las conclusiones de los tribunales en los casos Aguas del Tunari ¶ 251, Gas Natural SDG SA v Argentina, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/10, IIC115 (2005) 17 June 2005. ¶ 251., Sempra Energy International v Argentina, Award, ICSID Case No ARB/02/16, IIC 304 (2007) 28 September 2007. ¶ 385-6.

<sup>136</sup> Sobre este punto, véase la discusión de los tribunales de los casos CMS, Sempra, Enron, Continental, LG&E contra Argentina, acerca de si la cláusula de derogación del TBI, era self judging o no, y cómo los tribunales consideran que limitaciones, interpretaciones se deben hacer de manera explícita y expresa. Todos los casos están disponibles en la página de web de Investment Treaty Arbitration cuya dirección es: <http://ita.law.uvic.ca/>.

## CAPITULO II

### EL ESTANDAR

#### I. FUENTES NORMATIVAS

El Estándar de protección y seguridades plenas al igual que lo que ocurre con otros estándares en los TI, presenta ciertas diferencias de redacción de tratado a tratado. Por ejemplo podemos encontrar en algunos tratados de inversión, que la protección y seguridades plenas aparecerán como el deber de “otorgar la protección más constante o simplemente protección y seguridad y total protección legal y total seguridad legal.”<sup>137</sup>

Así también, no es inusual que la protección y seguridades plenas, aparezcan en una misma norma indicando a los inversionistas que se les “concederá siempre un trato justo y equitativo, y gozarán de protección y seguridad plenas”<sup>138</sup>. Otros tratados, prescriben que a las inversiones se les “concederá plena protección legal”<sup>139</sup> formulación que ha sido interpretado como una obligación bajo la cual se debe otorgar seguridad legal al inversionista.<sup>140</sup>

Algunos TI establecen el estándar de protección y seguridades plenas como una especificación o aplicación del estándar de trato justo y equitativo, ya que su texto dice “las inversiones (...) gozarán (...) de protección y plena seguridad en

---

<sup>137</sup> GUIDITTA CORDERO, MOSS. “Chapter 7 Full Protection and Security”. *Standards of Treatment*, Editado por AUGUST REINISCH, OXFORD University Press, 2008, p. 132

<sup>138</sup> Artículo 2.3(a) del Tratado de Bilateral de Inversión entre Ecuador – Estados Unidos. Un ejemplo de esta formulación también aparece en el TBI entre Reino Unido – Sri Lanka, y el TBI con Egipto. Tratados Consultado en Investment Treaty Arbitration. Disponible en [http://ita.law.uvic.ca/alphabetical\\_list.htm](http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list.htm), Consultado por última vez el 29 de noviembre de 2009.

<sup>139</sup> Artículo 3(2) del TBI entre Ecuador y Rumania. Véase también, el artículo 4(1) del TBI entre Argentina y Alemania; Artículo 3(2) de TBI entre Ecuador y Venezuela; Artículo IV (2) del Convenio de Inversión entre Ecuador y Chile; Artículo 3(2) del TBI entre Ecuador y Argentina. Véase *supra* nota 131.

<sup>140</sup> Sobre este punto véase la interpretación realizada por el Tribunal del Caso Siemens v Argentina, que se menciona más adelante en el presente trabajo.

aplicación del principio del tratamiento justo y equitativo mencionado en el Art. 3° del presente acuerdo”<sup>141</sup>.

Adicionalmente, es común encontrar TI que prescriban que la protección y seguridades plenas no podrá ser inferior o menos favorable que lo que exige el Derecho Internacional<sup>142</sup>, o que la misma deberá ser conforme a los principios generales del Derecho Internacional<sup>143</sup>. También, en algunos TI aparece junto a la obligación de no impedir el uso o manejo de la inversión a través de medidas discriminatorias.<sup>144</sup>

A pesar de la diferente redacción del estándar en los distintos TI, la formulación más común y cuya redacción aparece más abundantemente en la doctrina<sup>145</sup>, es la de protección y seguridades plenas. Razón por la cual, emplearemos esta denominación para referirnos al Estándar y a su contenido. Sin perjuicio de cómo veremos más adelante, excepcionalmente la variación en la redacción de la cláusula producirá ciertas consecuencias en el nivel de protección de la inversión<sup>146</sup> o inversionista.

Ahora bien, producto de la variedad de formulación en el Estándar de protección y seguridades plenas podrá ser:

“un estándar independiente o, (...) podrá ser un requerimiento adicional de la obligación de otorgar trato justo y equitativo o, de la obligación de

<sup>141</sup> Artículo 5.1 del TBI entre Francia y Argentina. Aplicado en el caso Vivendi II.

<sup>142</sup> Artículo 2.3(a) TBI Ecuador Estados Unidos. Véase *supra* nota 131.

<sup>143</sup> TBI Ecuador- Venezuela; TBI Ecuador Canadá. Artículo 4 TBI Ecuador- Francia. Véase *supra* nota 131.

<sup>144</sup> Este tipo de redacción lo encontramos en el artículo 3.1, 3.2 del TBI entre República Checa y Holanda. Disponible en GUIDITTA CORDERO, MOSS. “Chapter 7 Full Protection and Security”. *Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 132.

<sup>145</sup> Véase los textos de BISHOP, DOAK ET. All. *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary*. Editorial Kluwer Law Internacional.p.1008. Véase también, DOLZER, RUDOLF AND SCHREUER, CHRISTOPH. *Principles of International Investment Law*. Oxford University, Press. UNCTAD Bilateral Investment Treaties in the Mid- 1990’s (1998). R. DOLZER AND M. STEVENS *in Bilateral Investment Treaties*, ICSID, 1995. G. SACERDOTI, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, Recueil des Cours, Tome 269, 1997, p. 347. GUIDITTA CORDERO, MOSS. “Chapter 7 Full Protection and Security”. *Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 132. Todos estos autores denominar el estándar como de protección y seguridades plenas

<sup>146</sup> A este respecto, véase el caso Siemens v Argentina.

abstenerse de medidas arbitrarias o discriminatorias o, puede aparecer como una especificación de las obligaciones mencionadas.”<sup>147</sup>

En las siguientes secciones se tratará de dilucidar el alcance de la protección y seguridades plenas, partiendo de las interpretaciones que han dado los tribunales arbitrales al respecto, para posteriormente encontrar los elementos y cuál es el alcance que debería tener el Estándar de protección y seguridades plenas.

## II. IMPORTANCIA DE LAS FORMULACIONES

Según GUIDITTA CORDERO MOSS parecería que los tribunales arbitrales, al momento de interpretar el Estándar de protección y seguridades plenas no le han asignado demasiada importancia al texto de la cláusula de cada TI<sup>148</sup>. Producto de esto, de acuerdo a la misma autora es que la obligación de protección y seguridades plenas no ha sido sujeta a diversas interpretaciones dependiendo del TI aplicable al caso, como si lo ha sido el estándar de trato justo y equitativo<sup>149</sup>. Por tanto, al parecer habría una tarea pendiente por parte de los tribunales arbitrales, para interpretar la protección y seguridades plenas según lo establecido en el texto del TI otorgando el nivel de protección que de dicha interpretación se desprenda.

Sobre este punto, GUIDITTA CORDERO MOSS menciona que la ausencia de rigor interpretativo del Estándar de protección y seguridades plenas, ha provocado que la relación entre la protección y seguridades plenas, y el trato justo y equitativo no esté del todo clara. Lo mismo se puede decir de la relación, entre la

---

<sup>147</sup> GUIDITTA CORDERO, MOSS. “Chapter 7 Full Protection and Security”. *Standards of Treatment...*, *Op. Cit.*, p. 132.

<sup>148</sup> *Ibíd.* p. 134. En iguales términos véase el trabajo de MENDENHALL, J. “Fair Treatment of Intellectual Property Rights Under Bilateral Investment Treaties”. *Transnational Dispute Management*, Vol. 6, Issue 2, August 2009. p.10. Disponible en [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com), consultado por última vez 30 octubre de 2009. Quien arriba a la misma conclusión, tras haber analizado los laudos de los Tribunales que limitan el alcance del estándar a protección física y haber observado que no lo hacen aplicando el texto del TI, sino aplicando los hechos de casos anteriores.

<sup>149</sup> *Ibíd.* p. 134.

protección y seguridades plenas basada en el TI y el estándar del Derecho Internacional.<sup>150</sup>

La razón para que esto ocurra, según GUIDITTA CORDERO MOSS es que sí bien, los tribunales inician el análisis del Estándar (protección y seguridades plenas) considerando el texto de TI, en última instancia “parece que éste no juega un rol decisivo en el resultado”<sup>151</sup>.

Un caso en el cual no se daría mucha importancia al lenguaje del TI al momento de analizar este Estándar es el caso Vivendi II, en el cual el Tribunal extendió el alcance de la protección más allá de protección física, a pesar de que para arribar a esta conclusión toma en cuenta que:

“[E]l texto del Artículo 5(1) no limita la obligación a otorgar protección y seguridad razonables frente a “interferencias físicas”, como se alega. Si las partes en el TBI hubieran tenido la intención de limitar la obligación a las “interferencias físicas”, podrían haberlo hecho incluyendo palabras al efecto en la sección pertinente. Ante la falta de dichas palabras de limitación, el alcance de la protección del Artículo 5(1) debería interpretarse como, aplicable a cualquier acto o medida que prive a la inversión del inversor de protección y plena seguridad, siempre que, de conformidad con la redacción específica del Tratado, el acto o medida también, constituya un trato injusto e inequitativo. Dichas acciones o medidas, no deben necesariamente amenazar las posesiones físicas o los términos jurídicamente protegidos para el manejo de la inversión”<sup>152</sup>.

El Tribunal luego se apoya de manera extensiva en jurisprudencia arbitral que, ha analizado previamente el Estándar, pero sin mencionar que “la jurisprudencia referida (...) se basa en tratados que presentan una variación de formulaciones, protección plena como especificación del trato justo y

---

<sup>150</sup> *Ibíd.* p. 134.

<sup>151</sup> *Ibíd.* p. 134.

<sup>152</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A., c. República Argentina, CIADI Caso No. ARB/97/3, 20 de Agosto del 2007.*¶ 7.4.15.

equitativo<sup>153</sup>(...), como estándar separado<sup>154</sup>, y (...) como un estándar separado con referencia al derecho internacional público<sup>155</sup><sup>156</sup>.

Uno de los tribunales que parecería apartarse de esta posición es el Tribunal del caso Siemens contra Argentina<sup>157</sup>, el cual resalta la importancia del texto del TI aplicable al caso, el cual requería que el Estado otorgue protección legal, en lugar de protección y seguridades plenas en general.

Esta decisión no hace sino ilustrar lo importante qué podría llegar a ser la redacción de la cláusula de protección y seguridades plenas a la hora de encontrar el alcance del Estándar, puesto que es perfectamente razonable que “el texto del tratado provea una clara base para considerar que la protección y seguridad que se refiere el tratado va más allá de la tradicional protección de la policía y cubre al ambiente y marco legal de la inversión”<sup>158</sup>, o simplemente protección más allá de la de policía.

La tendencia en la que no se asigna mucha importancia al lenguaje del texto del tratado, para interpretar o determinar el alcance del Estándar de protección y seguridades plenas, produce como resultado que sea considerado de manera conjunta con el estándar de trato justo y equitativo<sup>159</sup>. A pesar de que, “los

<sup>153</sup> TBI entre Holanda y República Checa. Tratado Consultado en Investment Treaty Arbitration. Disponible en [http://ita.law.uvic.ca/alphabetical\\_list.htm](http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list.htm)

<sup>154</sup> TBI entre República Checa y Eslovaquia o entre Reino Unido y Ecuador cuyo artículo pertinente dice :(2)” Las inversiones de nacionales y compañías de cada una de las Partes Contratantes recibirán un tratamiento justo y equitativo y deberán gozar de total protección y seguridad en el territorio de la otra Parte Contratante”. Art. 4(2). Véase *supra* nota 131.

<sup>155</sup> Este sería el caso del TBI, entre Ecuador y Estados Unidos, cuyo artículo 2. 3. a) dice que: “ Las inversiones, a las que se concederá siempre un trato justo y equitativo, gozarán de protección y seguridad plenas y, en ningún caso, se les concederán un trato menos favorable que el que exige el Derecho Internacional”. Véase *supra* nota 131.

<sup>156</sup> GUIDITTA Cordero, Moss. “Chapter 7 Full Protection and Security”. *Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 135.

<sup>157</sup> Siemens AG v Argentina, Award and Separate Opinion, ICSID Case No ARB/02/8, IIC 227(2007) 6 February 2007. ¶ 303.

<sup>158</sup> GUIDITTA CORDERO, MOSS. “Chapter 7 Full Protection and Security”. *Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 134.

<sup>159</sup> *Ibid.* p. 134. En el mismo sentido véase a NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 265.

respectivos tratados los enlistan como dos estándares separados”<sup>160</sup>, irrestrictamente de que los tribunales dediquen párrafos enteros indicando como el Estándar de protección y seguridades plenas es distintito al estándar de trato justo y equitativo, al final vuelven a tratarlos como una unidad<sup>161</sup>.

Siguiendo a GUIDITTA CORDERO MOSS, podríamos concluir que “los tribunales arbitrales no le han asignado mucha importancia al lenguaje del tratado para determinar o definir el alcance del Estándar, aún cuando estos hayan empezado haciendo una mención al texto del TT”.<sup>162</sup>

### III. INTERPRETACIÓN DEL ESTÁNDAR

Esta sección, examinaremos las interpretaciones más relevantes del Estándar de protección y seguridades plenas rendidas por los diversos tribunales internacionales.<sup>163</sup>

Refiriéndonos a las interpretaciones dadas al Estándar de protecciones y seguridades plenas, podemos hablar de dos grandes grupos de decisiones arbitrales o jurisprudenciales. El primer grupo de decisiones está relacionado a la protección física de la inversión o inversionista; en el segundo grupo de decisiones, el Estándar se aplicó más allá de la protección física. Cabe mencionar que esta clasificación se basa esencialmente en los hechos que originaron cada controversia, mas no necesariamente por el alcance del Estándar de protección y seguridades plenas asignado por los tribunales arbitrales.

---

<sup>160</sup> Al respecto véase, *Azurix Corp. v Argentina*, Laudo, Caso CIADI No ARB/01/12, IIC 24 (2006) 14 Julio de 2006. *Occidental Exploration and Production Company v Ecuador*, Award, LCIA Case No UN3467, IIC 202 (2004) 1 July 2004. ¶ 187

<sup>161</sup> *Azurix Corp. v Argentina*, Laudo, Caso CIADI No ARB/01/12, IIC 24 (2006) 14 julio de 2006. ¶ 408.

<sup>162</sup> GUIDITTA CORDERO, MOSS. “Chapter 7 Full Protection and Security”. *Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 136.

<sup>163</sup> Decisiones dictadas por la CIJ, tribunales CIADI, o tribunales constituidos bajo reglas UNCITRAL.

## 1. DECISIONES DE PROTECCIÓN FÍSICA

### 1. Elettronica Sicula SpA (ELSI), United States v Italy, Judgment, Merits, (1989) ICJ Rep 15; ICGJ 95 (ICJ 1989)

#### Hechos e Interpretación del Estándar

Estados Unidos inicio la acción de protección diplomática a favor de ELSI (Compañía americana de software) amparado en el Tratado de Comercio y Navegación que mantenía con Italia luego de que ELSI tras anunciar su cierre hubo protestas y las instalaciones de la compañía fueron tomadas por los trabajadores.

La CIJ, afirmó que “la provisión de (protección y seguridad constante) no podía interpretarse como garantía que la propiedad nunca será ocupada o perturbada”<sup>164</sup>. Concretamente sostuvo que no se vulneró el Estándar de protección y seguridades plenas, porque ante el anuncio de despido de “800 trabajadores, no se podía esperar que no se generen incidentes. Más aún, la gerencia de ELSI estuvo consciente de que el cierre de la planta y el despido de trabajadores no podía pasar sin disturbios.”<sup>165</sup>

Del mismo modo, la CIJ no consideró que se vulneró la obligación de protección y seguridades plenas porque “la ocupación fue pacífica”<sup>166</sup>, y no se determinó que “la ocupación haya afectado los intereses de ELSI (...) [ya que] la planta continuó en funcionamiento”<sup>167</sup> en los meses que siguieron a la ocupación.

En pocas palabras, la CIJ consideró que “la protección provista por las autoridades no podía considerarse como inferior a la protección y seguridad plena requerida por el derecho internacional”<sup>168</sup>. Toda vez que Estados Unidos no logró

---

<sup>164</sup> Elettronica Sicula SpA (ELSI), United States v Italy, Judgement, Merits, (1989) ICJ Rep. 15; ICGJ 95 (ICJ 1989) ¶ 108. En adelante, ELSI v Italy.

<sup>165</sup> Ibid. ¶ 108

<sup>166</sup> Ibid. ¶ 107

<sup>167</sup> Ibid. ¶ 107

<sup>168</sup> Ibid. ¶ 108

establecer que los deterioros en la planta se debieron a la presencia de los trabajadores, además que las autoridades fueron capaces de continuar con la producción en la planta.

La CIJ consideró que el estándar de protección y seguridades plenas no se limitaba exclusivamente a protección física cuando desestimó, el reclamo de Estados Unidos de que el tiempo que se demoró el Prefecto de Palermo en emitir la resolución administrativa en contra de la decisión del Alcalde de requisar la planta vulneraba el nivel de protección. A pesar de que el “tiempo tomado por el Prefecto fue sin duda largo (...) el fideicomisario (...) [Quién estaba en control de la compañía] (...) interpuso el recurso por las demoras del Prefecto (...) y el Prefecto dio su respuesta después de la apelación.”<sup>169</sup>

El caso ELSI se cita como autoridad en apoyo de que el Estándar de protección y seguridades plenas contempla únicamente protección contra amenazas físicas<sup>170</sup>, afirmación que no es del todo cierta<sup>171</sup>. Primero, como se demostró en el párrafo anterior, el Estándar fue entendido por la CIJ como que incluía también protección legal a través del sistema judicial. Segundo, la CIJ afirmó que el “Estándar primario (...) es el de “protección y seguridades plenas requerido por el Derecho Internacional”<sup>172</sup>, y que la “protección y seguridad”<sup>173</sup> debe ser conforme al estándar mínimo internacional, lo que significa que el nivel de protección otorgado no debe ser menor al estándar mínimo pero no se limita a esta. Por último, la CIJ señaló que cuando aplica “las normas de un tratado que establecen un estándar [como el de protección y seguridades plenas], confieren a los nacionales de las Altas Partes Contratantes [entiéndase inversionistas extranjeros] un nivel de

---

<sup>169</sup> *Ibíd.* ¶ 109.

<sup>170</sup> Respecto a esto véase los argumentos del Estado Argentino, en el caso *Vivendi II* donde citó el caso a favor de la limitación del alcance del estándar a protección únicamente física.

<sup>171</sup> Sobre este punto véase, el texto de DOLZER, RUDOLF AND SCHREUER, CHRISTOPH. *Principles of International Investment Law*. Oxford University, Press., Así como el de GUIDITTA CORDERO MOSS “Chapter 7 Full Protection and Security”. *Standards of Treatment...*, Op. Cit., p.144.

<sup>172</sup> *Ibíd.* ¶ 109.

<sup>173</sup> *Ibíd.* ¶ 109.

protección que puede ser mayor a la protección que el derecho internacional general requiere”.<sup>174</sup> Si en este caso el nivel de protección aplicado por la CIJ no fue mayor al nivel requerido por el derecho internacional, fue porque Estados Unidos no alegó -excepto en un aspecto [protección del sistema legal]- que el nivel de protección y seguridades plenas requiera protección mayor que el estándar internacional.<sup>175</sup>

## **2. American Manufacturing & Trading Inc v Zaire, Award Opinion, ICSID Case No ARB/93/1, IIC 14 (1997)**

### **Hechos**

AMT, sufrió una serie de pérdidas como resultado del saqueo y destrucción de su propiedad producida por los soldados de Zaire durante los disturbios internos que se produjeron en la región de Kinshasa.

### **Interpretación del Estándar**

El Tribunal al interpretar la obligación de otorgar protecciones y seguridades plenas determinó que era “una garantía para la protección y seguridad de las inversiones hechas por nacionales y compañías de una de las Partes en el Tratado.”<sup>176</sup>

Así mismo, el Tribunal sostuvo que dicha garantía era una “obligación de vigilancia, en el sentido de que Zaire (...) debe [ría] tomar todas las medidas necesarias para asegurar el goce total de protección y seguridad de las inversiones”<sup>177</sup>. Obligación que no permite al Estado invocar su legislación interna para escudarse o retirar dicha protección<sup>178</sup>.

De lo que se desprende que, con independencia de lo que prescriban las normas de derecho interno la obligación de protección y seguridades plenas, de

---

<sup>174</sup> *Ibíd.* ¶ 111.

<sup>175</sup> *Ibíd.* ¶ 111.

<sup>176</sup> *American Manufacturing & Trading Inc. v Zaire, Award Opinion, ICSID Case No ARB/93/1, IIC 14 (1997) 21 February 1997, ¶ 6.05. En Adelante, AMT v Zaire.*

<sup>177</sup> *Ibíd.* ¶ 6.05.

<sup>178</sup> *Ibíd.* ¶ 6.05.

acuerdo al tribunal produce un deber al Estado de tomar “todas las precauciones para proteger las inversiones de AMT [inversionista] en su territorio”<sup>179</sup>

Adicionalmente, el Tribunal AMT consideró que la cláusula de protección y seguridad requería que “la protección (...) no puede ser menor a la reconocida por el derecho internacional”<sup>180</sup>. Creando para el Estado receptor una “obligación objetiva que no debe ser inferior al mínimo estándar de vigilancia y de cuidado requerido por el Derecho Internacional.”<sup>181</sup>

Es importante el señalar que, el Estándar de protección y seguridades plenas, cuando está formulado de manera similar a la del TI de Zaire, garantiza un nivel de protección que no podrá ser inferior al del estándar mínimo internacional<sup>182</sup>. En este caso el estándar mínimo internacional es un piso bajo el cual el grado de protección no debe, ni puede caer. Resulta más importante aún, el hecho que el Tribunal AMT no equipara los dos estándares (mínimo internacional /protección y seguridades plenas) o mucho menos los fija como un tope del cual no puede exceder la obligación de protección y seguridades plenas, apoyando así el Tribunal la tesis que los dos estándares interactúan pero son distintos.<sup>183</sup>

En cuanto se refiere la naturaleza de la obligación que generaba el Estándar de protección y seguridades plenas no se detuvo a analizar si era una “obligación de resultado o simplemente una obligación de conducta [o medios]”<sup>184</sup>. Al Tribunal le bastó con que a la luz de los hechos del caso, Zaire no “tomó ninguna medida

<sup>179</sup> *Ibíd.* ¶ 6.05.

<sup>180</sup> Art. II párrafo 4 del Tratado Bilateral de Protección a las Inversiones entre Zaire (actualmente República Democrática de Congo) y Estados Unidos, de 1984.

<sup>181</sup> AMT v Zaire, ¶ 6.05.

<sup>182</sup> El texto de esos TI dice “Las inversiones, a las que se concederá siempre un trato justo y equitativo, gozarán de protección y seguridad plenas y, en ningún caso, se le concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional”. Artículo 3(a) del TI entre Ecuador y Estados Unidos. Véase *supra* nota 131.

<sup>183</sup> Para GUIADITA CORDERO MOSS, esta posición del Tribunal parecería más bien indicar que la obligación es equivalente con el Derecho Internacional; sin embargo creo que el enfoque más adecuado respecto a lo que dijo el Tribunal es que el nivel de protección y seguridad no podía ser inferior al que otorgar el Derecho Internacional, por ende como ella mismo señala debe ser “consistente con el mínimo requerido por el Derecho Internacional” GUIDITTA CORDERO, Moss. “Chapter 7 Full Protection and Security”. *Standards of Treatment...*, *Op. Cit.*, p. 141.

<sup>184</sup> AMT v Zaire, ¶ 6.08.

cualquiera que hubiera servido para asegurar la protección y seguridad de las inversiones en cuestión.”<sup>185</sup>. Reconociendo cierto nivel de discrecionalidad en el accionar estatal, al momento de cumplir su obligación de otorgar protección y seguridades plenas lo que sugeriría que el Tribunal se inclinó por considerar que la obligación que tenía el Estado era más una obligación de medios, y que éste al proveerla goza de una amplia apreciación soberana<sup>186</sup>.

El Tribunal condenó a Zaire por no haber tomado medida alguna para proteger y asegurar la inversión de AMT fruto de esas omisiones Zaire fue “incapaz de prevenir las consecuencias desastrosas de los eventos afectado de manera adversa la inversión de AMT.”<sup>187</sup> Esta conclusión del Tribunal en opinión, de GUIDITTA CORDERO MOSS parecería indicar que el Tribunal se inclinó por un enfoque de responsabilidad objetiva<sup>188</sup> o de “*strict liability*” al momento de analizar la naturaleza de la obligación que genera la protección y seguridades plenas, caracterizando la obligación como una obligación de resultados al momento de proteger la inversión de AMT.

No parece del todo correcto sostener esto, si el Tribunal determinó que el Estándar de protección y seguridades plenas era una obligación de vigilancia por parte del Estado. En primer lugar porque la condena se produjo porque el Estado, no tomó medida alguna para prevenir los daños, pero no porque estos ocurrieron. Segundo, la supuesta aplicación de responsabilidad objetiva por el Tribunal para considerar vulnerado el estándar es más aparente que real. En vista de que se condenó a Zaire porque los desastrosos eventos se produjeron por no haber tomado ninguna medida, esto es similar a lo que dice GUIDITTA CORDERO MOSS, cuando sostiene que si se hubiera adoptado el modelo de la “debida

---

<sup>185</sup> *Ibíd.* ¶ 6.08.

<sup>186</sup> Véase sobre este punto llegando a la misma conclusión el texto de GUIDITTA CORDERO MOSS. Así como el razonamiento del Tribunal de AAP contra Sri Lanka, el del Tribunal Saluka contra República Checa, ¶ 490. ELSI. ¶ 106, 108, 111.

<sup>187</sup> AMT v Zaire, ¶ 6.08.

<sup>188</sup> GUIDITTA CORDERO MOSS, “Chapter 7 Full Protection and Security”. *Standards of Treatment...*, *Op. Cit.*, p. 132-140.

diligencia (...) el Estado hubiera sido responsable por no haber tomado las medidas suficientes para la protección de la inversión, en lugar de por no haber sido capaz de prevenir el daño”<sup>189</sup>.

En otras palabras, Zaire no cumplió otorgando protección y seguridades plenas por no haber tomado medidas suficientes como sostiene GUIDITTA CORDERO MOSS (ninguna que es inclusive peor y más grave) mas no por su incapacidad de prevenir que ocurra el daño, ya que como señaló el Tribunal “la responsabilidad de Zaire es incontestablemente comprometida por el mismo hecho de una omisión de Zaire de tomar (...) medida[s] necesaria[s] para proteger y asegurar la seguridad de la inversión”<sup>190</sup>.

Tomando en cuenta todas las omisiones de Zaire, el Tribunal consideró que Zaire incumplió con su obligación de protección y seguridades plenas y que tal conclusión no se ve afectada por el:

“hecho de que no haya otorgado a sus nacionales y compañías [de otros] (...) Estados (...) ninguna protección o reparación (...) [esto] de ninguna manera exonerará (...) la responsabilidad del Estado (...) por el incumplimiento de su obligación (...) de protección y seguridades que debe a AMT en virtud del (...) TBI”.<sup>191</sup>

### **3. Wena Hotels Limited v Egypt, Award, ICSID Case No ARB/98/4, IIC 273 (2000) 8 December 2000**

#### **Hechos**

Wena Hotels alegó que Egipto había expropiado su inversión, había fallado en otorgarle trato justo y equitativo, protección y seguridades plenas, tras haber sido tomados y destruidos los Hoteles que esta poseía en el Nilo y Luxor en 1991<sup>192</sup>.

---

<sup>189</sup> *Ibíd.* p. 132-140.

<sup>190</sup> *AMT v Zaire*, ¶ 6.11.

<sup>191</sup> *AMT v Zaire*, ¶ 6.10.

<sup>192</sup> *Wena Hotels Limited v Egypt, Award, ICSID Case No ARB/98/4, IIC 273 (2000) 8 December 2000*. ¶ 80. En adelante, *Wena Hotels v Egypt*.

Egipto por su parte, sostuvo que no era responsable al no haber participado en la toma de los Hoteles, al no haberla autorizado nunca y al no haber participado en los eventos que condujeron a la destrucción posterior del Hotel<sup>193</sup>.

### Interpretación del Estándar

En este caso, la cláusula que el Tribunal tuvo que interpretar disponía que:

“Las inversiones de nacionales o compañías de alguna de las Partes Contratantes, debe en todo momento ser otorgada trato justo y equitativo y disfrutar de protección y seguridades plenas en el Territorio de la otra Parte contratante”.<sup>194</sup>

El Tribunal Wena, empezó su interpretación de la protección y seguridades plenas haciendo referencia al caso de AMT contra Zaire, a pesar de que la disposición del TI entre Zaire y Estados Unidos era distinta a la del TI entre Reino Unido y Egipto. Postura que demuestra la tendencia jurisprudencial de los tribunales arbitrales a la hora de interpretar el Estándar de protección y seguridades plenas en la que la formulación del mismo parecería no ser tan relevante como en el trato justo y equitativo<sup>195</sup>.

Al igual que lo dicho por el Tribunal del caso AMT contra Zaire, el Tribunal afirmó que la obligación de otorgar protección y seguridades plenas es una obligación de vigilancia<sup>196</sup>, que a su vez no es una “obligación absoluta que garantiza que no se producirán daños, en el sentido que cualquier violación crea responsabilidad automáticamente por parte del Estado (...) el Estado receptor no es una aseguradora (...) y difícilmente podría considerarse que acepta responsabilidad absoluta por todas las lesiones sufridas por los extranjeros[inversionistas].”<sup>197</sup>

---

<sup>193</sup> *Ibíd.* ¶ 81.

<sup>194</sup> Art.2 (2) del Tratado de inversión entre Reino Unido y Egipto.

<sup>195</sup> Sobre este punto véase el trabajo de CORDERO MOSS, “Chapter 7 Full Protection and Security”. *Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 135. Existen ciertos tribunales que parecen haberle asignado cierta relevancia al texto del Tratado, como el Tribunal del Caso Siemens, el Tribunal de Vivendi II y National Grid todos contra el Estado Argentino, entre otros.

<sup>196</sup> *Wena Hotels v Egypt*, ¶ 84.

<sup>197</sup> *Ibíd.* ¶ 84.

A criterio del Tribunal Egipto incumplió con garantizar la seguridad y protección plenas no por haber participado de manera directa en las acciones que reclamaba Wena, sino porque “pese a que no participó o instigó la toma de los dos hoteles (...) Egipto era consciente de tales intenciones y no tomó medida alguna para prevenir la toma de los hoteles o inmediatamente restaurar<sup>198</sup>” el control, o la posesión de los mismos a Wena pese a los requerimientos y avisos realizadas por Wena.

Otro punto interesante por el cual se consideró que Egipto vulneró su obligación de otorgar protección y seguridades plenas, fue debido a que pese a contar con información de que la toma de los hoteles era eminente, el Estado “no actuó antes de la toma [y más grave aún] ni la policía ni el Ministerio de Turismo tomaron acción inmediata para proteger la inversión (...) después de que fueron ilegalmente tomados.”<sup>199</sup>

En ese sentido, la obligación de protección y seguridades plenas, requeriría que el Estado inicie una investigación una vez que conoce y tiene a su disposición evidencia convincente de que se realizó la toma de la inversión, como en el caso de Wena fue la toma de los hoteles<sup>200</sup>. Además, se condenó a Egipto porque su policía de turismo no respondió a los llamados realizados por el inversionista<sup>201</sup>, y la que respondió no realizó esfuerzos por expulsar y restaurar el control del Hotel en manos de Wena<sup>202</sup>.

Así mismo, el Tribunal Wena condenó por contraria a la obligación de otorgar protección y seguridades plenas la actitud pasiva que adoptó Egipto una vez que las se declararon ilegales la toma de los Hoteles, lo que “retrasó el retorno del Hotel a Wena”<sup>203</sup>. “Más aún ningún hotel fue restituido en las mismas condiciones

---

<sup>198</sup> *Ibíd.* ¶ 85.

<sup>199</sup> *Ibíd.* ¶ 88.

<sup>200</sup> *Ibíd.* ¶ 89.

<sup>201</sup> *Ibíd.* ¶ 89.

<sup>202</sup> *Ibíd.* ¶ 89.

<sup>203</sup> *Ibíd.* ¶ 91.

de operación que habían tenido antes de la toma (...) los dos hoteles habían sido vandalizados (...) ninguno de los hoteles tenía licencia de funcionamiento.”<sup>204</sup>

Omisiones que permitieron determinar al tribunal que Egipto no tomó todas las medidas necesarias para asegurar que la inversión reciba protección y seguridades plenas, puesto que sabía:

“1) las intenciones de toma de los hoteles y no hizo nada para prevenirlo; 2) que la policía aunque [algunos de sus miembros] respondieron a la invasión, no hizo nada para proteger la inversión; 3) por más de una año (a pesar de su control [del grupo que tomó los hoteles] no realizó acción alguna para retornar la posesión de los hoteles a Wena; 5) (...) Falló en prevenir el daño en el Hotel antes de su retorno al Wena”<sup>205</sup>.

A pesar de esto, quizá el rasgo más distintivo del laudo es que por todas esas razones se declaró la vulneración del trato justo y equitativo, este es el único caso de mi investigación en la que he se produce esta resolución. Al ser lo usual que se declare violados los dos estándares a partir del análisis del trato justo y equitativo. Igualmente llama la atención esta conclusión del Tribunal, porque la cláusula del Tratado pone a los dos estándares como separados e independientes entre sí, por lo que hubiera sido interesante conocer con precisión las razones que motivaron dicha conclusión.

#### **4. Técnicas Medioambientales Tecmed SA v México, Laudo, ICSID Case No ARB (AF)/00/2, IIC247 (2003) 29 de Mayo de 2003**

##### **Hechos**

El Reclamo de TECMED se centró en que:

“las autoridades mexicanas municipales y estatales alentaron los movimientos sociales adversos al Confinamiento y su operación por Tecmed o Cytrar, así como al transporte por Cytrar de los residuos de Alco Pacífico(...), [y] (...) que las autoridades (...) policiales y judiciales, no

<sup>204</sup>Ibíd. ¶ 92.

<sup>205</sup> Ibíd. ¶ 82.

actuaron con suficiente celeridad, eficiencia y celo para evitar, prevenir o poner fin a las expresiones sociales adversas que se manifestaron en perturbaciones en la operación del Confinamiento o su acceso, o en la seguridad personal o libertad de movimientos de los integrantes de la dotación de Cytrar afectado al mismo”.<sup>206</sup>

### **Interpretación del Estándar**

El estándar que se tenía aplicar en este caso establecía que:

“Cada Parte Contratante otorgará plena protección y seguridad a las inversiones efectuadas por inversores de la otra Parte Contratante, conforme al derecho internacional, y no obstaculizará, mediante medidas carentes de fundamento legal o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, el desarrollo, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta, ni, en su caso, la liquidación de tales inversiones”<sup>207</sup>.

El Tribunal desestimó el reclamo al considerar que:

La “Demandante no ha probado que las autoridades mexicanas, cualesquiera sea su nivel, hayan alentado, incitado, participado o contribuido con su apoyo a las personas o agrupaciones que protagonizaron el movimiento social y político adverso al Confinamiento. Tampoco existen elementos de juicio que permitan atribuir la actividad o conducta de tales personas o agrupaciones a la Demandada conforme al derecho internacional.”<sup>208</sup>

Claramente se desprende del párrafo anterior, que el reclamo no prosperó por la manera en la que estuvo planteado por el inversionista, y por no tener elementos suficientes para atribuir dichas conductas al Estado. Es decir, al faltar un elemento para configurar la responsabilidad internacional del Estado, éste nunca pudo haber vulnerado el Estándar de protección y seguridades plenas.

---

<sup>206</sup> Técnicas Medioambientales Tecmed SA v México, Laudo, ICSID Case No ARB (AF)/00/2, IIC247 (2003) 29 de Mayo de 2003.¶ 175. En adelante, Tecmed v México.

<sup>207</sup> Artículo 3(1) TBI entre España y Estados Unidos Mexicanos. Consultado en Tecmed v México.

<sup>208</sup> Tecmed v México, ¶ 176.

A pesar de la limitación en el reclamo de TECMED, el Tribunal volvió a resaltar que “la garantía de protección y seguridad no es absoluta ni impone al Estado que la emite responsabilidad objetiva”<sup>209</sup>. A más de esto el Tribunal al desestimó el reclamo de TECMED porque no demostró a través de “prueba[s] convincente[s] (...) que las autoridades mexicanas (...) no habrían reaccionado razonablemente, conforme a los parámetros propios de un Estado democrático, a los movimientos de acción directa protagonizados por los adversarios al Confinamiento.”<sup>210</sup>

Cabe mencionar que el Tribunal no confinó el Estándar a protección únicamente física, sino que consideró que el Estándar incluye protección del sistema judicial, a través la disponibilidad del mismo. Sobre este punto el Tribunal sostuvo que:

“Esta conclusión [de que las autoridades reaccionaron razonablemente] se extiende al sistema judicial, tanto cuando se trató de adoptar medidas en relación con las manifestaciones de oposición social, o de disponer la cesación de medidas administrativas juzgadas incompatibles con el régimen legal aplicable al Confinamiento.”<sup>211</sup>

#### **5. Noble Ventures Inc v Romania, Award, ICSID Case No ARB/01/11, IIC 179 (2005) 12 October 2005**

##### **Hechos**

Reclamo presentado por una compañía americana que estaba en proceso de adquisición de una planta de acero en vías de privatización por el Gobierno rumano.

Noble Ventures, reclamaba que desde “Enero del 2001(...) demostraciones y protestas de trabajadores de CSR<sup>212</sup> ocurrieron frecuentemente a gran escala.”<sup>213</sup> Nobles alegó que antes dichas situaciones pidió protección a la policía local pero

<sup>209</sup> *Ibíd.* ¶ 177.

<sup>210</sup> *Ibíd.* ¶ 177.

<sup>211</sup> *Ibíd.* ¶ 177.

<sup>212</sup> Era la compañía que Noble Ventures tenía intención de adquirir.

<sup>213</sup> *Noble Ventures Inc. v Romania, Award, ICSID Case No ARB/01/11, IIC 179 (2005) 12 October 2005.* ¶ 104-106. En adelante, *Noble Ventures v Romania*.

esta “se negó a ejercer medidas adecuadas para proteger Noble Ventures (...) de actividades ilícitas en sus instalaciones (...) [como consecuencia de esto] (...) el personal de Noble fue golpeado por los protestantes (...), sus instalaciones ocupadas y saqueadas.”<sup>214</sup>

### **Interpretación del Estándar**

En su interpretación del Estándar de protección y seguridades plenas, el Tribunal confinó el alcance del mismo a protección únicamente física cuando dijo:

“parece dudoso el que la provisión pueda entenderse como si fuera más amplia en alcance de un deber general de proveer protección y seguridad a los extranjeros en el derecho consuetudinario internacional de extranjeros.”<sup>215 216</sup>

Pese a considerar que el Estándar de protección y seguridades plenas, no iría más allá del deber de protección bajo el derecho consuetudinario internacional, el Tribunal correctamente identificó que la obligación “no es un estándar estricto, [sino] uno que requiere el ejercicio de la debida diligencia por parte del Estado.”<sup>217</sup>

Aplicando los hechos del caso, el Tribunal afirmó que “Es difícil de identificar una falla específica por el demandado de ejercer la debida diligencia en proteger al actor”<sup>218</sup>. Probablemente, porque a criterio del Tribunal:

“no se ha establecido que el incumplimiento de la obligación perjudicó al actor en un grado material (...) el actor ha fallado en probar que sus supuestas pérdidas podían haber sido prevenidas si el demandado ejercía

---

<sup>214</sup>Ibíd. ¶ 104-106.

<sup>215</sup> Ciertamente es, que el deber de protección que tienen los Estados bajo el derecho consuetudinario es un deber de protección física, pero aún en esos casos éste deber presenta ramificaciones más allá de protección física como es la obligación de los Estados de investigar y sancionar a los responsables de la lesión al extranjero o sus bienes.

<sup>216</sup>Noble Ventures v Romania, ¶ 164. Esta interpretación llama la atención puesto que en otras partes de su laudo, éste Tribunal dio una de las interpretaciones más amplias y extensivas de la cláusula paraguas.

<sup>217</sup> Ibíd. ¶ 164.

<sup>218</sup> Ibíd. ¶ 166.

debida diligencia en este sentido, tampoco ha sido establecido ningún valor específico de las pérdidas.”<sup>219</sup>

Ahora que el Tribunal señaló correctamente, y creo que es por lo que debió haber rechazado el reclamo es al no haber demostrado el inversionista que los daños o pérdidas se hubieran podido prevenir, si el Estado actuaba de manera distinta, o que este no adoptó todas las medidas razonables en el caso.

**6. Saluka Investments BV v Czech Republic, Partial Award, Ad hoc—  
UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 210 (2006) 17 March 2006**

**Hechos e Interpretación del Estándar**

El Tribunal definió al Estándar de protección y seguridades plenas como aquel que se “aplica esencialmente cuando los inversionistas extranjeros han sido afectados por conflictos civiles y violencia física.”<sup>220</sup>

Según el mismo tribunal, el Estándar de protección y seguridades plenas requiere que el Estado:

“adopte todas las medidas razonables para proteger bienes y propiedad de amenazas o ataques que pueden apuntar particularmente a extranjeros o ciertos grupos de extranjeros (...) la cláusula de protección y seguridades plenas no está destinada para cubrir todo tipo de daños de la inversión de un

---

<sup>219</sup> *Ibíd.* ¶ 166. Creo que el asociar el tema de daños y pérdidas materiales o establecerlo como un requisito para poder considerar que se ha violentado el Estándar es altamente discutible, porque parece confundir o requerir un elemento que está más relacionado con el *quantum* de la compensación más que con el incumplimiento de la obligación en sí misma. Digo esto, en virtud de que los requisitos de la responsabilidad Internacional, únicamente requieren que se establezca una conducta contraria o inconforme con lo requerido por la obligación. Por ello, si el Tribunal consideró que hubo un incumplimiento pero que no demostró afectación patrimonial, se debió haber declarado la obligación violentada, al no ser requisito para demandar o configurar la Responsabilidad Internacional del Estado el que se produzca pérdidas materiales. Ese elemento probablemente afectará, el desenlace del reclamo por compensación o indemnización, más no el que se violentó la obligación. En términos parecidos y en mayor detalle véase la opinión disidente de Gary Bon en el caso de Bivater Gauff (Tanzania) Ltd. v Tanzania, Award and Concurring & Dissenting Opinion, ICSID Case No ARB/05/22; IIC 330 (2008) ¶ 22-27.

<sup>220</sup> *Saluka Investment BV v Czech Republic, Partial Award, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 210 (2006) 17 March 2006.* ¶ 483. En adelante, *Saluka v Czech Republic*.

inversionista, sino para proteger más específicamente la integridad física de un inversionista en contra de la interferencia del uso de la fuerza.”<sup>221</sup>

A pesar de esta afirmación tan tajante del Tribunal este, al final de ese mismo párrafo afirma que “no es necesario para el Tribunal definir con precisión el alcance del estándar de la cláusula de protección y seguridades plenas.”<sup>222</sup> Por eso, al no haber una definición con precisión respecto del alcance de la protección y seguridades plenas por parte del Tribunal, la utilización de este párrafo es un poco problemático cuando menos para tratar de confinar la obligación de protección y seguridades plenas a protección física únicamente.

Es pertinente, además resaltar que éste mismo tribunal en secciones posteriores de su análisis parece aceptar el que el Estándar de protección y seguridades plenas puede ir más allá de las protecciones físicas, al contemplar la posibilidad de que el mismo podría vulnerarse en casos de interferencias desautorizadas o ilegales a cargo de las fuerzas policiales, en las cuales no se afecta la seguridad física sino que se somete a un acto de acoso al inversionista. Pero el Tribunal no se detuvo ahí sino que consideró que Saluka al haber presentado y “obtenido reparación [por la Corte Constitucional Checa] (...) el peticionario [Saluka] no puede seguir siendo considerado como agraviado”.<sup>223</sup>

Por las razones mencionadas en párrafos precedentes, podría decirse que no es del todo adecuado aplicar como fuente de autoridad la decisión del caso Saluka para confinar el alcance de la protección y seguridades plenas.

## **7. Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri AS v Kazakhstan, ICSID Case No ARB/05/16; IIC 344 (2008) 21 July 2008**

### **Hechos e Interpretación del Estándar**

---

<sup>221</sup> Aplica el mismo estándar que AMT, WENA y TECMED, con la salvedad que este es el único de los tres casos que lo confina a protección física, esto podría explicarse tal vez por una aplicación o lectura muy estricta de los hechos de cada uno de esos casos, pese a que en el caso TECMED el Tribunal no analiza actos de violencia física en sentido estricto.

<sup>222</sup> Saluka v Czech Republic, ¶ 484.

<sup>223</sup> Saluka v Czech Republic, ¶ 486.

El inversionista en esta disputa avanzó su reclamo resaltando que el Estándar de protección y seguridades plenas era una obligación de actuar con la debida diligencia por parte del Estado, que de acuerdo a la CNUDMI el Estándar “asegura la protección y seguridad plenas de los inversionistas extranjeros, como está contemplado o requerido por el Derecho Consuetudinario Internacional (...) amparando la protección de la inversión contra acciones de privados o agentes estatales (...) la cláusula requiere que el Estado receptor ejerza cuidado razonable para proteger la inversión contra daños de personas privadas.”<sup>224</sup>

Dejando en claro que no se requiere malicia para considerar que se ha vulnerado el Estándar de protección y seguridades plenas, simplemente se requiere demostrar que el Estado actuó sin diligencia, con independencia de que el daño se haya causado por agentes estatales o por actores privados<sup>225</sup>.

Rumeli alegaba que se incumplió en garantizarles protección y seguridades plenas porque no hubo actuación diligente del Estado, que actuó activamente en colusión con Telemcom Invest y que:

“El Estado inicio acciones penales en contra de los Ejecutivos de Rumeli, que los servicios de seguridad estuvieron involucrados para impedir el acceso a los datos y locales de la compañía, la imposibilidad de ejecutar sentencias que le garantizaban accesos a los documentos de KaR-Tel, entre otras cosas”.<sup>226</sup>

Resulta importante mencionar que en este caso fue el Estado y no el inversionista, quién en sus alegatos solicitó al Tribunal que interprete el artículo que contenía la obligación de protección y seguridades plenas del TBI conforme a las reglas de interpretación de los Tratados. También, alegó que el Estándar de protección y seguridades plenas está estrechamente relacionado con el estándar de

---

<sup>224</sup> Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri AS v Kazakhstan, ICSID Case No ARB/05/16; IIC 344 (2008) 21 July 2008.¶ 659. En adelante, Rumeli Telekom v Kazakhstan.

<sup>225</sup> *Ibid.* ¶ 660.

<sup>226</sup> *Ibid.* ¶ 662.

trato justo y equitativo, finalmente avanzó el argumento de que el Estándar requiere que los Estados “provea[n] cierto nivel de protección a la inversión extranjera de los daños físicos pero no todos daños físicos.”<sup>227</sup>

El Tribunal en su análisis empezó por considerar que “Estaba de acuerdo con el Demandado que el estándar de protección y seguridades plenas (...) debe ser construido de acuerdo con las reglas aceptadas de interpretación de los tratados”.<sup>228</sup>

A pesar de este pronunciamiento el Tribunal parece resolver la controversia en referencia a casos anteriores, en lugar de aplicando las reglas de interpretación de los tratados para dilucidar el alcance de la protección y seguridades plenas, pues en ninguna otra parte se vuelve a mencionar cómo y qué reglas de interpretación aplicó para resolver la controversia.

Precisamente, fue a través de la interpretación de casos anteriores concretamente del caso Saluka que el Tribunal consideró, que “el Estándar [de protección y seguridades plenas] obliga al Estado a proveer cierto nivel de protección a los inversionistas extranjeros respecto de daños físicos”<sup>229</sup>. Producto de dicha interpretación, según la cual el Estándar es de “alcance limitado (...) las violaciones alegadas por el inversionista”<sup>230</sup> no fueron aceptadas, “excepto la alegación respecto de las fuerzas de seguridad de Kuzet (...) sin embargo considerando las situaciones fácticas del (...) caso [sostuvo] que no hubo tal violación”<sup>231</sup>, al estar dichas fuerzas de seguridad actuando bajo las instrucciones de privados (Telecom Invest) en base a un contrato que habían concluido con estos.<sup>232</sup>

Esta afirmación resultaría problemática con lo sostenido antes por el Tribunal, porque a pesar de resaltar el alcance limitado del Estándar, sí determinó que existe un deber de proteger al inversionista o la inversión contra daños físicos y que al hacerlo el Estado debe actuar con la debida diligencia. A pesar de dicha

---

<sup>227</sup> *Ibíd.* ¶ 663.

<sup>228</sup> *Ibíd.* ¶ 663.

<sup>229</sup> *Ibíd.* ¶ 668.

<sup>230</sup> *Ibíd.* ¶ 669.

<sup>231</sup> *Ibíd.* ¶ 669-670.

<sup>232</sup> *Ibíd.* ¶ 670.

afirmación, no se detiene a considerar si en efecto el Estado cumplió con esa obligación de debida diligencia respecto a la actuación de las fuerzas de seguridad, ciñéndose a sostener que como actuaban bajo instrucciones de privados no había responsabilidad estatal.

**8. Jan de Nul NV and Dredging International NV v Egypt, Award,  
ICSID Case No ARB/04/13; IIC 356 (2008) 24 October 2008**

**Hechos**

Jan de Nul presentó su reclamo contra Egipto por las diferencias acerca de la magnitud y cantidad de trabajo que tenía que realizar, para dragar del Canal de Suez, diferencias que ocasionaron que Jan de Nul reclame compensación por los nuevos gastos que supuestamente tuvo que realizar.

**Interpretación del Estándar**

Jan de Nul sostuvo que Egipto había incumplido con el Estándar protección y seguridad al fallar en prevenir los daños, restaurar la situación anterior en la que se encontraban. También, alegó que Egipto a través de su Primer Ministro había fallado en realizar los requerimientos a la Autoridad del Canal de Suez, para que esta restaure y compense los gastos que había tenido que incurrir al iniciar el dragado del canal.

En relación a la supuesta vulneración del estándar de protección y seguridades plenas, el Tribunal destaca que “la noción de protección y seguridad continúa debe distinguirse aquí del estándar de trato justo y equitativo dado que están colocados en dos provisiones diferente del TBI, aún si las dos garantías pueden tener puntos en común (...) este concepto [protección y seguridad continua] se relaciona al ejercicio de la debida diligencia por el Estado.”<sup>233</sup>

A la luz de los hechos, el Tribunal rechazó sumariamente el reclamo al considerar que no había algo que demuestre que se haya producido un daño siquiera que debía ser remediado por parte del Estado.

---

<sup>233</sup> Jan de Nul NV and Dredging International NV v Egypt, Award, ICSID Case No ARB/04/13; IIC 356 (2008) 24 October 2008. ¶ 265.

## 9. **BG Group v Argentine Republic UNCITRAL Arbitration, Final Award, 24 December 2008**

### **Hechos**

La controversia en este caso fue otro de los tantos casos surgidos en contra del Estado argentino, respecto al sector eléctrico que privatizó en la década de los 90's. Sector que con la crisis económica sufrida el año 2000, se vio afectado por la serie de medidas económicas adoptadas por el Estado argentino, ya que minó las garantías que había ofrecido el Estado anteriormente para atraer las inversiones. Algunas de dichas ofertas eran el cálculo de la tarifa de generación eléctrica o transformación de la misma de pesos a dólares, el derecho a ajustar esos precios según el índice de precios de Estados Unidos. Ante ese escenario modificado el Estado argentino, inicio la renegociación de los contratos de inversión tomando en consideración las nuevas condiciones.

### **Interpretación del Estándar**

El Tribunal comenzó su interpretación del Estándar de protección y seguridades plenas jurisprudencialmente, producto de ese análisis estableció que el Estándar de protección y seguridades plenas ha sido tradicionalmente “asociado con situaciones donde la seguridad física del inversionista o su inversión es comprometida”<sup>234</sup>, siendo así “encuentra inapropiado desviarse del entendimiento original del estándar de “protección y seguridades plenas.”<sup>235</sup>

Tras haber determinado el alcance del Estándar de protección y seguridades plenas a través de decisiones anteriores, en donde el Estándar fue aplicado en situaciones de violencia física, y como BG no alegó daño físico o violencia el Tribunal rechazó el reclamo. Sin detenerse a analizar sí la protección y seguridades plenas podía cubrir las situaciones alegadas por BG. Tampoco da una explicación

---

<sup>234</sup> BG Group v Argentine Republic. UNCITRAL Arbitration, Final Award, 24 December 2008.¶ 324. En adelante, BG v Argentine Republic.

<sup>235</sup> *Ibíd.* ¶ 326.

detallada de porque no se aplicaría, simplemente limita el alcance del Estándar a situaciones de violencia física amparado en decisiones anteriores.

**10. Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v Egypt, Award, ICSID Case No ARB/05/15; IIC 374 (2009)**

**Hechos**

La controversia en este caso, es bastante similar a lo que aconteció en el caso de WENA HOTELS donde los hoteles fueron tomados e invadidos por ciudadanos de Egipto, ante la mirada pasiva de las autoridades.

**Interpretación del Estándar**

Respecto el Estándar de protección y seguridades plenas, el Tribunal sostuvo que la “obligación de protección no es absoluta (...) el Estado receptor debe ejercer [la] “debida diligencia” en prevenir daño a una inversión”.<sup>236</sup> El daño en este caso se produjo cuando la “inversión fue expropiada por la fuerza y a pesar de los pedidos explícitos para [recibir] protección,”<sup>237</sup> al no objetarse la evidencia presentada por los demandantes de haber hecho esos pedidos de protección a la policía de la zona se “aceptó sin reserva la evidencia de los demandantes.”<sup>238</sup>

Producto de la tolerancia pasividad y omisión por parte de las autoridades egipcias, que pese haber anulado “en varias ocasiones (...) las resoluciones o decretos que trataban de dar legitimidad a la expropiación, (...) la inversión del demandante no ha fue retornada a ellos 12 años después de la expropiación.”<sup>239</sup>

En conclusión, Egipto falló en brindar protección y seguridades plenas puesto que su conducta estuvo:

“muy por debajo del nivel de protección que los demandantes podían razonablemente esperar, tanto al permitir que ocurra la expropiación y subsecuentemente al no dar pasos para regresar la inversión a los

---

<sup>236</sup> Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v Egypt, Award, ICSID Case No ARB/05/15; IIC 374 (2009) ¶ 447. En adelante, Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v Egypt.

<sup>237</sup> *Ibíd.* 447

<sup>238</sup> *Ibíd.* ¶ 446.

<sup>239</sup> *Ibíd.* ¶ 447.

demandantes (...) [A pesar de los] (...) repetidos fallos de (...) cortes egipcias declarando ilegal la expropiación. Elemento que sin dudas es el más ofensivo del asunto.”<sup>240</sup>

### **11. Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v The Republic of Albania, Award, ICSID Case No ARB/07/21, 30 July 2009**

#### **Hechos**

Pantechniki S.A., fue contratada para la Construcción de dos carreteras en Albania. Casi inmediatamente después de la firma de los contratos, los problemas empezaron a surgir con una serie de demostraciones y protestas. Incidentes que fueron subiendo de tono hasta el punto en que el inversionista tuvo que abandonar los trabajos y repatriar a su personal.

#### **Interpretación del Estándar**

El Tribunal precisó que el Estándar de protección y seguridades plenas “impone una obligación a Albania de ejercer la debida diligencia en la protección de la inversión, tanto en contra de acciones del poder público como de personas privadas”<sup>241</sup>.

Un aspecto interesante en este caso resulta que, la interpretación de la obligación de protección y seguridades plenas por parte del Tribunal sugiere que los recursos del Estado podrían ser determinantes en su análisis del Estándar cuando dice:

“una falla en la protección y la seguridad es probable de surgir en un escenario de impredecible desorden público que podía haber sido controlada por un Estado poderoso pero que abruma las capacidades limitadas de un Estado que es pobre y frágil (...) parece difícil de mantener que un gobierno incurre en responsabilidad internacional por la falla en planear problemas sin precedentes, de una magnitud sin precedentes, en lugares sin precedentes

<sup>240</sup>Ibíd. ¶ 448.

<sup>241</sup> Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v The Republic of Albania, Award, ICSID Case No. ARB/07/21, 30 July 2009. ¶ 73. En adelante, Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v The Republic of Albania.

(...) el caso para aplicar un elemento de proporcionalidad<sup>242</sup> es más fuerte que respecto de un reclamo de denegación de justicia”.<sup>243</sup>

Esta interpretación de la protección y seguridades plenas, parecería ser partidaria de distanciarse de un estándar objetivo de comportamiento por parte del Estado y adoptar un estándar subjetivo.

Sobre este punto creo que se debe coordinar las dos posiciones, puesto que por un lado, no parece razonable tener un estándar objetivo estricto que no tome en cuenta las condiciones y recursos del país al momento de analizar si tomó o no todas las medidas razonables para otorgar protección y seguridades plenas. Pero por otro lado, no es razonable limitarnos a un estándar exclusivamente subjetivo en el cual el Estado podrá evadir su responsabilidad alegando falta de recursos, situación en la cual “el derecho internacional no proveerá de incentivo alguno para mejorar el Estado. De hecho operará más bien en sentido opuesto,”<sup>244</sup> ya que estaría recompensando a los Estados por mantener el status quo.

Siguiendo con su elucidación respecto del Estándar de protección y seguridades plenas el Tribunal afirma que se vulneraría, “únicamente (...) cuando las autoridades tenían conocimiento, o deberían haber tenido conocimiento del inminente ataque, y fallaron el tomar las precauciones para frustrarlo.”<sup>245</sup>

Así mismo consideró que la protección y seguridades plenas no podrían tenerse por vulneradas:

“simplemente porque el evento pudo haberse evitado si suficiente policía hubiera Estado presente. Debe establecerse que la situación requería de más policía que podría haber sido prevista a tiempo y no lo fue (...) un caso existe *prima facie* cuando se ha establecido que los hecho eran sabidos por las

---

<sup>242</sup> Sobre este punto, se refiere al hecho de que “sí un país pobre debe ser responsable de un estándar mínimo que podrá ser obtenido únicamente con gran sacrificio”. *Ibíd.* ¶ 76.

<sup>243</sup> *Ibíd.* ¶ 76.

<sup>244</sup> *Ibíd.* ¶ 76.

<sup>245</sup> *Ibíd.* ¶ 78.

autoridades y que la acción que ellos tomaron, si alguna, probó ser inadecuada”<sup>246</sup>.

El Tribunal en este caso consideró que Albania no había incumplido con el deber de protección y seguridades plenas, puesto que en el país existía:

“un ambiente de desolación e irrespeto a la ley que encontraron en su arribó (...) el inversionista no puede decir hoy que tenía derecho a un alto estándar de protección policial(es más la ausencia de dichas expectativas puede bien explicar la lógica y el valor del contratista (...) que aceptó el riesgo de pérdidas causados por disturbios sociales).”<sup>247</sup>

Apuntando a que el Estado no será responsable por la protección y seguridades plenas, si el inversionista acepta o toma las condiciones de desolación desde un inicio al momento de invertir incorporándolas en su contrato. Considero, que el asunto de los recursos del Estado debe ser un factor a ser tomado en cuenta, en la indagación de si se garantizó la protección y seguridades plenas de la inversión.

A pesar de eso, creo que la pregunta no es sí el Estado tenía o no recursos para actuar, la pregunta es qué hizo el Estado con los recursos que tenía disponibles para tomar las medidas adecuadas en el caso<sup>248</sup>. Conuerdo con el Tribunal en que el nivel de protección sí variaría respecto al país en el cual invertimos, sí lo hacemos en país en vías de desarrollo no podemos esperar que se nos conceda la misma protección que en países desarrollados o ricos. A pesar de eso, la pregunta seguiría siendo dentro de ese nivel de protección disminuida, qué hizo el Estado y como empleó sus recursos disponibles por más limitados que sean.

El Tribunal consideró que el resultado habría sido diferente (se hubiera vulnerado la protección y seguridades plenas), “si la policía hubiera estado presente

---

<sup>246</sup> *Ibíd.* ¶ 80.

<sup>247</sup> *Ibíd.* ¶ 82.

<sup>248</sup> Además, que el riesgo o factor de riesgo por las condiciones del país en el que consideró invertir deberá ser un factor a tomar en cuenta también cuando se determine el *quantum* de la compensación o reparación a la que tendrá derecho el inversionista.

y hubiera dado las espaldas.<sup>249</sup> Pero en este caso, el Tribunal determinó que a “la policía le había sido imposible intervenir (...) que dado el nivel de saqueo (...) la magnitud de los disturbios sociales las autoridades eran incapaces de hacerlo.”<sup>250</sup> Es decir, que el Estado con sus recursos limitados no podía hacer nada más para proteger la inversión, no porque no tenía recursos para actuar.

## 2. PROTECCIÓN MÁS ALLÁ DE FÍSICA

### 1. CME Czech Republic BV v Czech Republic, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 61 (2001) 13 September 2001

#### Hechos

El reclamo presentado por CME fue por la revocación de una licencia para transmisión de Televisión por parte del Consejo de Medios de República Checa en detrimento de CET, el canal de televisión que operaba con dicha licencia en República Checa.

#### Interpretación del Estándar

CME contra República Checa, es uno de los primeros casos en los cuales la protección y seguridades plenas fue considerado como que podría ir más allá de protección física, al interpretarlo como una obligación bajo la cual el Estado “debe asegurar que ni por enmienda de sus leyes ni por acciones de sus órganos administrativos el nivel de seguridad y protección aprobado y acordado a las inversiones extranjeras sea retirado o devaluado.”<sup>251</sup>

En base a esta interpretación el Tribunal encontró que las acciones del Consejo de Medios en 1996 estuvieron orientadas a devaluar ese nivel de protección previamente acordado y otorgado a la inversión, y que en 1999 a través de una

---

<sup>249</sup> *Ibíd.* ¶ 82.

<sup>250</sup> *Ibíd.* ¶ 82.

<sup>251</sup> CME Czech Republic BV v Czech Republic, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 61 (2001) 13 September 2001. ¶ 613.

actitud pasiva o de inacción continuó produciéndose la devaluación del nivel de protección y seguridad, resultando en el incumplimiento de la obligación de parte de la República Checa.

En CME la expansión del alcance de la protección y seguridades plenas ha sido duramente criticada, pese a que encuentra su respaldo y *rationale* en la formulación del Estándar del TI que se aplicó al caso, pues establecía el Estándar de protección y seguridades plenas como una especificación de la obligación de otorgar trato justo y equitativo.<sup>252</sup>

## 2. **Lauder v Czech Republic, Final Award, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 205(2001) 3 September 2001**

### **Hechos**

Este reclamo es similar al reclamo del caso CME, sin embargo, lo que cambia en este caso fue el Señor Lauder, accionista principal de CME quién inició el arbitraje. Así como, el Tratado de inversión que se aplicó en esta controversia que fue el TBI entre Estados Unidos y República Checa, en lugar del TBI Holanda República Checa como ocurrió en CME.

### **Interpretación del Estándar**

El Tribunal Lauder determinó que el Estándar de protección y seguridades plenas “obliga a las partes del tratado a ejercer la debida diligencia en la protección de las inversiones extranjeras, de manera razonable bajo las circunstancias.”<sup>253</sup>

También, consideró que dicha protección y seguridades plenas implican un deber de actuar con la debida diligencia, que no genera “obligación a las Partes de

---

<sup>252</sup> En iguales términos véase la conclusión de GUIDITTA CORDERO MOSS, “Chapter 7 Full Protection and Security”. *Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 146.

<sup>253</sup> Lauder v Czech Republic, Final Award, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 205(2001) 3 September 2001. ¶ 308. En adelante, Lauder v Czech Republic. Nótese que en su interpretación, el Tribunal no limita o circunscribe la protección a únicamente física, y nótese también como en el presente análisis ninguna de las supuestas vulneraciones a esa protección y seguridades plenas fue física.

proteger la inversión extranjera contra cualquier posible pérdida de valor causada por personas cuyos actos no sean atribuibles al Estado.”<sup>254</sup>

Del mismo modo el Tribunal estableció que “el tratado no crea una obligación de [actuar con la] debida diligencia (...) para intervenir en la disputa entre (...) dos compañías sobre la naturaleza de sus relaciones legales. La única obligación del Demandado bajo el Tratado es la de mantener su sistema judicial disponible.”<sup>255</sup> Es decir, que la protección y seguridades plenas no se agotan ni satisfacen únicamente con protección y seguridad física para el inversionista.

Contrario a lo que sucedió en CME el Tribunal del caso *Lauder* evaluó los hechos de manera distinta, por ejemplo consideró que la reforma legal de 1996 a la Ley de Medios, no “puso en peligro la inversión del actor (...)no fue dirigida contra este, no era apropiada para, destruir la inversión del Señor *Lauder*. Al contrario, ese cambio fue favorable”, <sup>256</sup> Además, consideró que “ninguna de las acciones o inacciones del Consejo de Medios causaron (...) daño directo o indirecto a la inversión del Sr. *Lauder*”.<sup>257</sup> El catalizador del perjuicio para el Tribunal fue la terminación de la relación contractual con la compañía *Checa*, mas no la acción del Consejo de Medios”.<sup>258</sup>

Consiguientemente, las discrepancias entre *Lauder* y *CME* descansan más una diferente apreciación y evaluación de los hechos del caso, así como en el hecho de que cada caso fue resuelto aplicando un TI distinto.

### **3. Occidental Exploration and Production Company v Ecuador, Award, LCIA Case No UN3467, IIC 202 (2004) 1 July 2004**

#### **Hechos**

Occidental Exploration Company, en adelante, *OXY I* presentó su demanda contra el Estado ecuatoriano, por la no devolución del IVA petrolero.

---

<sup>254</sup> *Ibíd.* ¶ 308.

<sup>255</sup> *Ibíd.* ¶ 314.

<sup>256</sup> *Ibíd.* ¶ 311.

<sup>257</sup> *Ibíd.* ¶ 313.

<sup>258</sup> *Ibíd.* ¶ 313.

### Interpretación del Estándar

El Tribunal en su interpretación del Estándar de protección y seguridades plenas puso en manifiesto la interacción con el estándar de trato justo y equitativo. Desafortunadamente el Tribunal no elaboró en detalle esta interacción.

Limitándose a sostener que:

“El demandado ha incumplido su obligación de otorgar trato justo y equitativo (...) En el contexto de esto, la pregunta de si adicionalmente ha existido una vulneración de las protección y seguridades plenas se vuelve innecesaria, porque un trato que no es justo y equitativo automáticamente conlleva una ausencia de protección y seguridades plenas para la inversión.”<sup>259</sup>

Sin explicar porque fusionó los dos estándares (trato justo con protección y seguridades), recordando que el TI consideraba a los dos estándares como separados. Tampoco, elaboró específicamente en qué medida las acciones o hechos, o cuales de estos vulneraron cada estándar, o porque la vulneración de uno implica la vulneración del otro estándar.<sup>260</sup>

#### 4. *Eureko BV v Poland, Partial Award and Dissenting Opinion, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 98 (2005) 19 August 2005*

##### Hechos

EUREKO trató de adquirir acciones de una a compañía de seguros del Estado, acción que generó problemas por la politización del tema y la serie de intenciones por declarar el acuerdo de compra, nulo y no válido o imposibilitar su ejecución.

##### Interpretación del Estándar

Respecto a la protección y seguridades plenas el Tribunal parece ser partidario de aceptar otras formas de vulneración del mismo, en las que la coacción

<sup>259</sup> Occidental Exploration and Production Company v Ecuador, Award, LCIA Case No UN3467, IIC 202 (2004) 1 July 2004. ¶ 187. En adelante, Occidental v Ecuador.

<sup>260</sup> Creo que este enfoque sirve en casos el Tratado de inversión ha ser aplicado, considera o trata al estándar de protección y seguridades plenas como una especificación del trato justo y equitativo.

o daño no es físico, especialmente cuando dijo que “el acoso por parte de autoridades polacas a representantes senior de la gerencia de Eureko’s [aunque no vulneraban el Estándar] (...) era perturbadoras y parecen estar cerca de la línea de vulneración del Tratado.”<sup>261</sup>

En este caso en particular el que no se haya vulnerado el Estándar, fue por un tema de responsabilidad internacional del Estado,<sup>262</sup> pero no porque no sea posible que actos de acoso y hostigamiento a inversionistas o representantes de la compañía puedan constituir una vulneración de la protección y seguridades plenas, ya que en palabras del mismo Tribunal dichos actos podrían perfectamente vulnerar el Estándar si es que son atribuibles (este los ejecute directamente o instigue directamente) al Estado.<sup>263</sup>

En esa misma línea, el Tribunal sostuvo que no condenaba a Polonia porque “no hay evidencia clara (...) que (...) [Polonia] fue el autor o instigador de los actos en cuestión”<sup>264</sup>. Sin embargo, resaltó que se puede vulnerar el Estándar “cuando dichas acciones son repetidas y sostenidas (...) [y] (...) el gobierno (...) falla en prevenirlos.”<sup>265</sup>

##### **5. Azurix Corp. v Argentina, Laudo, Caso CIADI No ARB/01/12, IIC 24 (2006)14 julio de 2006**

###### **Hechos**

Azurix presentó el reclamo contra Argentina en base a la concesión que había obtenido en la Provincia de Buenos Aires para la recolección de basura, concesión que degeneró en conflicto por la aplicación del régimen tarifario y por los precios que la concesionaria debía cobrar por el servicio.

<sup>261</sup> Eureko BV v Poland, Partial Award and Dissenting Opinion, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 98 (2005) 19 August 2005.¶ 236. En adelante, *Eureko v Poland*.

<sup>262</sup> La imposibilidad de que esos actos sean atribuidos directamente al Estado.

<sup>263</sup> Piénsese por ejemplo, en los casos ocurridos tras la revolución Iraní, en los que Irán resultó condenado por haber instigado o apoyado directamente este tipo de actos de acoso a extranjeros, como sucedió en el caso de los Rehenes de la Embajada de Estados Unidos en Irán analizado por la CIJ, y en el caso Yeager analizado por los tribunales de reclamos Irán- Estados Unidos.

<sup>264</sup> *Eureko BV v Poland*, ¶ 237.

<sup>265</sup> Aún en los casos en que no sean dichos actos directamente atribuibles al Estado. *Ibid.* ¶ 237.

### Interpretación del Estándar

En su interpretación del Estándar de protección y seguridades plenas, el Tribunal inició su análisis en referencia a los precedentes jurisprudenciales. El Tribunal resalta como la “interrelación de los dos estándares [refiriéndose al trato justo y equitativo y a la protecciones y seguridades plenas] indican que es posible infringir la obligación de dar protección y seguridad plenas aún cuando no se produzca violencia física o daños materiales.”<sup>266</sup>

En su análisis acerca de la interacción, entre la protección y seguridades plenas y el trato justo y equitativo destaca que:

“En algunos tratados bilaterales de inversión, el trato justo y equitativo, y la protección y seguridad plenas figuran como un solo estándar; en otros, como protecciones separadas. El TBI está comprendido en esta última categoría; las dos frases que describen la protección de las inversiones aparecen en forma sucesiva como obligaciones diferentes en el Artículo II.2(a) “Se otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones, las que gozarán de entera protección y seguridad y (...).”<sup>267</sup>

A pesar de realizar esta distinción, el Tribunal considera que la protección y seguridades plenas están contenidas, o es absorbida por la protección de trato justo y equitativo siguiendo el criterio del Tribunal del caso Occidental que “basó su decisión en una cláusula que tenía exactamente la misma redacción que la del TBI.”<sup>268</sup>

Acerca del alcance del Estándar de protección y seguridades plenas consideró, que va “más allá de la protección y la seguridad garantizada por la policía. No se trata tan sólo de seguridad física”<sup>269</sup>. Conclusión que se ve reforzada en virtud del texto del tratado de inversión, cuando el Tribunal indica que:

---

<sup>266</sup> Azurix Corp. v Argentina, Laudo, Caso CIADI No ARB/01/12, IIC 24 (2006) 14 julio de 2006.

¶ 406. En adelante, Azurix v Argentina.

<sup>267</sup> *Ibid.* ¶ 407.

<sup>268</sup> *Ibid.* ¶ 407.

<sup>269</sup> *Ibid.* ¶ 408.

“en recientes acuerdos de libre comercio suscritos por Estados Unidos, por ejemplo con Uruguay, el concepto de protección y seguridad plenas se entiende que está limitado al nivel de la protección policial que se requiere conforme al Derecho Internacional consuetudinario. Sin embargo, cuando los términos “protección y seguridad” vienen calificados por “plenas” sin ningún otro adjetivo o explicación, estos términos abarcan, en su significado ordinario, el contenido de esa norma más allá de la seguridad física”<sup>270</sup>.

A pesar de afirmar esto, el Tribunal no identifica las acciones u omisiones que han producido la vulneración de la protección y seguridad plenas, indicando que al haber vulnerado el estándar de trato justo y equitativo, se ha incumplido con la protección y seguridad plenas del TBI. Esto no perjudica la conclusión respecto del alcance de la protección y seguridades plenas, pero dificulta la interrelación o interacción con el estándar de trato justo y equitativo.

**6. PSEG Global Inc and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v Turkey, Award and Annex, ICSID Case No ARB/02/5, IIC 198 (2007) 19 January 2007**

**Hechos**

PSEG reclamo a Turquía la compensación por los gastos incurridos y el aumento de precios que experimentó durante la construcción del proyecto eléctrico para el cual fue contratado.

**Interpretación del Estándar**

El reclamo de PSEG respecto a la protección y seguridades plenas se basó en la violación del Estándar por la modificación del marco regulatorio y administrativo del Estado, durante su operación en el país. Así como, según PSEG una violación del Trato justo y equitativo implica automáticamente una vulneración del Estándar protección y seguridades plenas.

---

<sup>270</sup> *Ibíd.* ¶ 408.

El Tribunal en lo referente al alcance del Estándar de protección y seguridades plenas indico que “se ha desarrollado en el contexto de la protección física de personas e instalaciones”<sup>271</sup>, sin desconocer situaciones excepcionales en las cuales el Estándar “se relacionará al amplio ámbito notado en CME.”<sup>272</sup>

**7. Siemens AG v Argentina, Award and Separate Opinion, ICSID Case No ARB/02/8, IIC 227(2007) 6 February 2007**

**Hechos**

Siemens estuvo encargada de implementar el nuevo sistema migratorio en la Argentina, pero en el proceso aparecieron algunas dificultades; mientras estaban en negociaciones para superarlas el Estado Argentino amparado en la Ley de mandó una nueva propuesta contractual que no era negociable, pese a ello poco después dio por terminado el contrato a través de un decreto.

**Interpretación del Estándar**

El Tribunal SIEMENS, comenzó el análisis del Estándar de protección y seguridades plenas a partir del lenguaje o texto del TI, asignándole importancia a la cláusula del TI Alemania Argentina que hablaba de seguridad legal. Sobre este punto el Tribunal dijo:

“Argentina en sus argumentos no ha tocado el hecho de que seguridad está calificado por “legal” en este caso (...) [y] en su significado ordinario “seguridad legal” ha sido definido como la “cualidad del sistema legal que implica certeza en las normas y, consecuentemente, su aplicación previsible. Es claro que en el contexto de este significado el Tratado se refiere a seguridad que no es física”.<sup>273</sup>

Sobre este punto, el Tribunal no sólo consideró el alcance del Estándar de protección y seguridades plenas atendiendo el texto del TI en particular, sino

---

<sup>271</sup> PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v Turkey, Award and Annex, ICSID Case No ARB/02/5, IIC 198 (2007) 19 January 2007.¶ 258. En adelante, PSEG v Turkey.

<sup>272</sup> *Ibid.* ¶ 258.

<sup>273</sup> Siemens AG v Argentina, Award and Separate Opinion, ICSID Case No ARB/02/8, IIC 227(2007) 6 February 2007.¶ 303. En adelante, Siemens v Argentina.

señalando con acierto que “basándose en el concepto de inversión que incluye bienes materiales e inmateriales el Tribunal considera que la obligación de otorgar protección y seguridad plenas es más amplia que protección y seguridad física”.<sup>274</sup>

Lo dicho en el párrafo anterior no implica, ni cambia que la obligación de protección y seguridades plenas vaya a realizarse o cumplirse actuando con la debida diligencia. De ahí que, en muchos casos la protección que deberán recibir este tipo de bienes es la protección y amparo del sistema judicial del Estado receptor.

De igual manera, el Tribunal destaca que pese a que las partes alegaron el trato justo con la protección y seguridades plenas como un solo Estándar, en realidad son dos estándares separados más aún cuando están en disposiciones separadas del Tratado.<sup>275</sup>

El Tribunal condenó a la Argentina por “iniciar la renegociación del Contrato con el único propósito de reducir costos, sin apoyo de ninguna declaración de interés público”<sup>276</sup>, hecho que para el Tribunal afectó la seguridad legal de Siemens. Adicionalmente, condenó a la Argentina por retrasar el pago de la compensación “sin basarse en el Contrato o Decreto (...) el negar el acceso al expediente administrativo para propósitos de presentar una apelación en contra del Decreto”.<sup>277</sup>

---

<sup>274</sup> *Ibíd.* ¶ 303. Esta definición, es acertada y consecuente con la finalidad del TI que no distingue entre qué tipo de bienes deberán recibir protección. Garantizando que la cláusula de protección y seguridades plenas no quede sin efecto o, se vuelva en una redundancia de la cláusula de trato justo y equitativo que como muchos la han considerado incorpora el estándar de trato mínimo internacional. Por eso, al ser la garantía de protección física parte del mismo, ya no sería necesaria la cláusula de protección y seguridades plenas. En términos parecidos véase la conclusión de MENDENHALL, J. “Fair Treatment of Intellectual Property Rights Under Bilateral Investment Treaties”..., *Op. Cit.* p.10. Véase también la conclusión de NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, *Op. Cit.*, p. 291.

<sup>275</sup> *Ibíd.* ¶ 302. En sentido contrario, véase Cordero Moss, para quién el Tribunal Siemens no da mucha importancia al texto del tratado al considerar los dos estándares como un solo estándar (GUIDITTA CORDERO MOSS, “Chapter 7 Full Protection and Security”. *Standards of Treatment...*, *Op. Cit.*, p. 134.). Esto no es del todo correcto el Tribunal remarca esta diferencia, y más aún en párrafos distintos y perfectamente separables entre sí analiza los dos estándares, eso sí bajo un solo acápite. Concretamente véase los párrafos 301-302 del Laudo.

<sup>276</sup> *Siemens v Argentina*, ¶ 308

<sup>277</sup> *Ibíd.* ¶ 308

8. **Enron Corporation and Ponderosa Assets v Argentina, Award, ICSID Case No ARB/01/3, IIC 292 (2007) 22 May 2007**

**Hechos**

ENRON era una empresa concesionaria del sector energético Argentino que entró al país, durante las privatizaciones de la década de los 90's. ENRON invirtió amparado en el pago, compensación y ajuste de la tarifas de acuerdo al Índice de precios de Estados Unidos, así como el pago en dólares de las tarifas. Tras la crisis económica del año 2000 el Estado Argentino a través de la Ley de Emergencia modificó todas estas garantías, generando en consecuencia los reclamos de muchas empresas como Enron que se sintieron perjudicadas por las garantías.

**Interpretación del Estándar**

En esta controversia se rechazó el reclamo de protección y seguridades plenas por la manera en cómo fue presentado, ya que al decir del Tribunal “el argumento hecho en general acerca de una posible falta de protección y seguridad en sentido amplio del sistema político y legal, no está de ninguna manera probado o si quiere desarrollado de manera adecuada.”<sup>278</sup> Pero al pronunciarse sobre el alcance del Estándar de protección y seguridades plenas el Tribunal más bien resaltó que, “no puede excluir por principio que puede haber casos en los cuales una interpretación amplia este justificada”<sup>279</sup>, por encima de que en aquellas situaciones se torne complicado “distinguir tales situaciones de unas resultantes en incumplimiento del trato justo y equitativo, y de expropiación.”<sup>280</sup>

---

<sup>278</sup> Enron Corporation and Ponderosa Assets v Argentina, Award, ICSID Case No ARB/01/3, IIC 292 (2007) 22 May 2007. ¶ 287. En adelante, *Enron v Argentina*.

<sup>279</sup> *Ibíd.* ¶ 286.

<sup>280</sup> *Ibíd.* ¶ 286.

9. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A., c. República Argentina, CIADI Caso No. ARB/97/3, 20 de Agosto del 2007*<sup>281</sup>

**Interpretación del Estándar**

Acerca del contenido del Estándar de protección y seguridades plenas el Tribunal consideró que, en vista de que el texto del artículo del TI no “limita la obligación a otorgar protección y seguridad razonables (...) a “interferencias físicas<sup>282</sup>”. Este no podría hacerlo si las partes en el TBI, no tuvieron la intención de limitar la obligación a las “interferencias físicas.”<sup>283</sup>

Por lo tanto, el Tribunal consideró que “Ante la falta de dichas palabras de limitación, el alcance de la protección del Artículo 5(1) debería interpretarse como aplicable a cualquier acto o medida que prive a la inversión del inversor de protección y plena seguridad, siempre que, de conformidad con la redacción específica del Tratado, el acto o medida también constituya un trato injusto e inequitativo.”<sup>284</sup>

Con la excepción de la última línea del párrafo acabado de mencionar que se refiere a la particularidad de ese TI, según el cual, la obligación de protección y seguridades plenas era una especificación del estándar de trato justo y equitativo<sup>285</sup>. Parecería que la limitación a protección física no tiene base en el texto del TI, y recordando que el texto del TI se presume refleja la intención expresa de las partes a ese instrumento, mal se podría limitar el alcance del Estándar.

---

<sup>281</sup> Este es el Laudo que emitió el segundo Tribunal de Vivendi, que tuvo que ser reconstituido luego de que el primer laudo fuera anulado, al identificar mal el derecho aplicable al fondo de la controversia y distinguir el reclamo del Tratado de inversión.

<sup>282</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A., c. República Argentina, CIADI Caso No. ARB/97/3, 20 de Agosto del 2007.* ¶ 7.4.15. En adelante, *Vivendi II v Argentina*.

<sup>283</sup> *Ibíd.* ¶ 7.4.15.

<sup>284</sup> *Ibíd.* ¶ 7.4.15.

<sup>285</sup> Cuyo texto decía “(...) las inversiones (...) gozarán (...) de protección y plena seguridad en aplicación del principio del tratamiento justo y equitativo mencionado en el art. 3º del presente acuerdo”. Artículo 5 Tratado de inversión Francia- Argentina. Aparece en *Ibíd.* ¶ 7.4.15.

Finalizando su análisis este tribunal considero que menos todavía se podría limitar el alcance del Estándar por referencia a laudos anteriores<sup>286</sup> que no restringen el alcance de la protección y seguridades plenas, sino que los hechos que analizaron son los que se refieren exclusivamente a situaciones de violencia física.

**10. Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v Tanzania, Award and Concurring & Dissenting Opinion, ICSID Case No ARB/05/22; IIC 330 (2008) 18 July 2008**

**Hechos**

Biwater Gauff reclamo a Tanzania porque durante explotación de su concesión de mejoramiento y equipamiento de una planta de tratamiento de agua, encontró una serie de obstáculos que terminaron con la toma de las instalaciones de la compañía y de su material.

**Interpretación del estándar**

Este Tribunal determinó que el Estándar de protección y seguridades plenas imponía al Estado:

“un deber de protección (...) [que] (...) implicaba un deber de actuar con la “debida diligencia” (...) [por eso la] falla sustantiva en tomar medidas razonables, precautelatorias y acciones preventivas es suficiente para involucrar la responsabilidad internacional del Estado por el daño a la propiedad privada y pública en esa área”.<sup>287</sup>

Igualmente, el Tribunal determinó que “cuando los términos “protección” y “seguridad” se califican por “plenas”, el contenido del Estándar se puede extender a otros asuntos que a seguridad física. Esto implica que el Estado debe asegurar estabilidad en un ambiente seguro, tanto físicamente, comercial y legalmente”.<sup>288</sup>

---

<sup>286</sup> Los casos mencionados por el Tribunal son CME v Czech Republic; Occidental v Ecuador, caso ELSI v Italy; Wena Hotels v Egypt; Eureka v Poland; Azurix v Argentina, entre otros. Para los considerandos del Tribunal véase, Vivendi II v Argentina, ¶ 7.4.16- 7.4.18.

<sup>287</sup> Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v Tanzania, Award and Concurring & Dissenting Opinion, ICSID Case No ARB/05/22; IIC 330 (2008) 18 July 2008. ¶ 725. En adelante, Biwater v Tanzania.

<sup>288</sup> *Ibid.* ¶ 729.

El Tribunal destacó que “sería excesivamente artificial el confinar la noción de “seguridad plenas” únicamente a un aspecto de seguridad física, particularmente a la luz del uso de este término en un TBI, dirigido a la protección de inversiones comerciales y financieras”.<sup>289</sup>

Partiendo de ese análisis, concluyó que “aún si no se usó fuerza para desalojar la gerencia de las oficinas o en la toma de las instalaciones de City Water, estos actos fueron innecesarios y abusivos y ascienden a una violación del estándar de protección y seguridades plenas.”<sup>290</sup>

**11. National Grid P.L.C., v. Argentine Republic UNCITRAL Arbitration, Award, November 3, 2008**

**Hechos**

Hechos similares a los de los casos de ENRON, BG Group, en que empresas del sector energético resultaron afectadas por las medidas tomadas durante la crisis económica del año 2000.

**Interpretación del Estándar**

Este Tribunal empieza su análisis del Estándar mencionado un estudio de la UNCTAD, estudio que señaló que:

“conforme el término de inversión se expanda para incluir una amplia variedad de formas inmateriales [o intangibles] de propiedad, el nivel de protección (...) que se requiere por la obligación de protección y seguridades plenas se ha expandido potencialmente. Por ejemplo, donde la inversión incluye propiedad intelectual, un inversionista puede alegar que la obligación de ejercer cuidados razonables para proteger la propiedad intelectual en contra de las vulneraciones privadas puede requerir de tener disponible

---

<sup>289</sup> *Ibíd.* ¶ 729.

<sup>290</sup> *Ibíd.* ¶ 731.

alguna forma de remedio contra aquellos que vulneran los derechos de autor o patentes”.<sup>291</sup>

El Tribunal correctamente señaló que si bien “esta obligación ha sido típicamente [analizada] en situaciones que involucraban amenazas físicas o destrucción (...) Sin embargo, [cuando el artículo no prevé] (...) dicha limitación, ni limita la protección a bienes físicos. Dado que los términos están estrechamente asociados con el trato justo y equitativo, que no está limitada a tal protección física y en el contexto de la protección a las inversiones definida en términos generales para incluir bienes intangibles [o inmateriales], el Tribunal no encuentra “rationale” para limitar la aplicación de la protección sustantiva a una categoría de bienes (...) cuando no ha sido restringida de manera expresa por las Partes Contratantes”.<sup>292</sup>

Otro elemento que debemos tener presente según el Tribunal para argumentar que el Estándar de protección y seguridades plenas no se limita únicamente a protección física, es que “Todos esos casos trataron con hechos de disturbios, rebelión, amenazas físicas, destrucción de los bienes de las compañías, pero ninguno consideró si el alcance de obligación [de otorgar] (...) protecciones y seguridades plenas abarca situaciones no físicas.”<sup>293</sup>

Continuando con dicho análisis el Tribunal señala que los casos que son citados para limitar el alcance del Estándar a protección física, como es el caso de AAPL y AMT se refirieron solamente a determinar si la “obligación era de carácter absoluto o una obligación de debida diligencia del Estado”.<sup>294</sup> Es por eso, que al iniciar esta sección se especificó que la clasificación para analizar los laudos no tenía relación directa la interpretación del alcance del Estándar, sino con los hechos de cada caso.

---

<sup>291</sup>National Grid v. Argentine Republic. UNCITRAL Arbitration, Award, November 3, 2008.¶ 182. En adelante, National Grid v Argentine Republic.

<sup>292</sup> Ibid. ¶ 187.

<sup>293</sup> Ibid. ¶ 188.

<sup>294</sup> Ibid. ¶ 188.

Tomando en cuenta ese análisis el Tribunal sostuvo que el Estándar de protección y seguridades plenas “no acarrea con la implicación que esta protección es inherentemente limitada a la protección y seguridad de bienes [o activos] físicos”.<sup>295</sup> De ahí que el Tribunal determinó que se ha vulnerado el estándar “en la misma fecha que incumplió su obligación de tratar a las inversiones justa y equitativamente.”<sup>296</sup>

Siendo pertinente analizar porque consideró el Tribunal se había vulnerado el estándar de trato justo y equitativo. Es importante mencionar la interpretación que dio el Tribunal al estándar de trato justo y equitativo, al indicar que su:

“determinación (...), debe ser calificada en el tiempo. La conclusión del Tribunal de que el demandado ha incumplido el tratado no puede ignorar el contexto en el cual las medidas fueron tomadas. La determinación del Tribunal debe tomar en cuenta todas las circunstancias (...) lo que es justo y equitativo no es un parámetro absoluto. Lo que es justo y equitativo en circunstancias normales puede no serlo en una situación de una crisis económica y social. El inversionista no puede estar totalmente aislado de las situaciones como las que enfrentó la República Argentina.”<sup>297</sup>

La vulneración a decir del Tribunal tuvo lugar el 25 de junio del 2002 cuando el “demandado, requirió que compañías como las del inversionista renuncien a los remedios legales que podían tomar como una condición para renegociar la concesión”<sup>298</sup>. Hecho que vulnera vulneraría la obligación de protección y seguridades plenas al haberse tratado de dejar al inversionista, sin la disponibilidad del sistema legal para tutelar sus derechos, disponibilidad que ha como hemos

---

<sup>295</sup> *Ibíd.* ¶ 189.

<sup>296</sup> *Ibíd.* ¶ 190.

<sup>297</sup> *Ibíd.* ¶ 180.

<sup>298</sup> *Ibíd.* ¶ 180.

podido observar a lo largo de este capítulo ha sido considerado reiteradamente por los tribunales arbitrales<sup>299</sup> como elemento del Estándar.

---

<sup>299</sup> En este sentido recordemos lo sostenidos por los tribunales de los casos: *ELSI v Italy*, *Lauder v Czech Republic*, *Tecmed v México*, *Eureka v Poland*, *Saluka v Czech Republic*, *Wena Hotels v Egypt*, entre otros.

### CAPÍTULO III

#### ELEMENTOS DEL ESTÁNDAR

##### I. CARACTERIZACIÓN DEL ESTÁNDAR

El Estándar de protección y seguridades plenas es considerado como un estándar absoluto<sup>300</sup> dentro de los TI, porque el tratamiento que se debe otorgar a la inversión o al inversionista está determinado por su propio contenido normativo<sup>301</sup>. Es decir, el nivel de protección y seguridades plenas requerido en cada caso no se determinará en referencia al trato otorgado a terceros en circunstancias similares. Por eso, “representan potencialmente una herramienta más valiosa para la protección de las inversiones”<sup>302</sup>. Esto a diferencia, de los estándares relativos,

---

<sup>300</sup> Dentro de esta categoría encontramos al estándar de trato justo y equitativo, expropiación entre otros, cuya característica principal es que el nivel de protección que confieren no se analiza en referencia al trato que ha recibido un tercero en circunstancias similares.

<sup>301</sup> Aunque no podemos sacar conclusiones absolutas respecto a las protecciones y seguridades plenas, puesto que algunos casos, el Estándar se encuentra contemplado como una extensión u aplicación del estándar de trato justo y equitativo, cuyo contenido estará determinado en elación a este. KATIA YANNACA-SMALL. “Chapter 6 Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments”. *Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 111.

<sup>302</sup> McLACHLAN, CAMPBELL, SHORE, LAURENCE, WEINIGER, MATTHEW. *International Investment Arbitration Substantive Principles...*, Op. Cit., p. 207.

“representados en el trato nacional y de nación más favorecida (...) que definen el trato requerido por referencia al tratamiento otorgados a otras inversiones [o inversionistas] en circunstancias similares.”<sup>303</sup>

De esta diferenciación podemos sacar la primera característica, del estándar de protección y seguridades plenas, que el Estado no “cumple tratando al inversionista de la misma manera en la que el Estado Receptor trata a sus propios nacionales o a otros extranjeros.”<sup>304</sup>

La segunda característica del Estándar de protección y seguridades plenas es que es “una obligación de medios, u obligación de conducta”<sup>305</sup>. En contraposición, a una obligación de resultados<sup>306</sup> que crearía responsabilidad objetiva<sup>307</sup> de parte del Estado, es decir, respecto a este Estándar no se trata de conseguir un fin específico sino de poner o tener los medios adecuados para intentar alcanzarlo.

A pesar de que tanto doctrina como la mayoría de tribunales hasta la fecha parecen estar claros en que estamos ante una obligación de medios y no de

<sup>303</sup> UNCTAD. *Bilateral Investment Treaties in the mid 1990s* (1998). Citado en KATIA YANNACA-SMALL. “Chapter 6 Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments”. *Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 111.

<sup>304</sup> *Ibíd.* p. 111.

<sup>305</sup> GUIDITTA CORDERO, MOSS. “Chapter 7 Full Protection and Security”. *Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 139.

<sup>306</sup> Obligaciones que tienen como rasgo distintivo, que no importa la manera como se cumple, sino que se cumplan. Los Estados deberán conseguir un determinado fin. Irrestringidamente, de las medidas o medios que pongan a disposición para conseguir esto; en última instancia lo que importará es si se produjo o no el resultado requerido, no se analizará las medidas que se tomaron.

<sup>307</sup> Precisión que nos lleva, a otra observación que consiste en señalar que las reglas de Responsabilidad Internacional son objetivas (El asunto de si se requiere de la culpa (mala fe, intencionalidad) en el comportamiento será resuelto por referencia a la norma primaria. Normas que son definidas por CASSESE como “normas (...) que establecen las obligaciones sustantivas para los Estados” CASSESE, A. *International Law. Second Edition*, p.244.) y secundarias (Secundarias, porque nos dan únicamente el molde o elementos básicos para que se configure la responsabilidad Internacional, pero su contenido será fijado o determinado examinando la norma primaria para considerar vulnerada la obligación en particular. CASSESE, A. *International Law...*, Op. Cit., p. 244.) El Estándar de protecciones y seguridades plenas no produce responsabilidad objetiva, en el sentido que no basta demostrar que se produjo el daño, sino que se deberá demostrar que el Estado no actuó con la debida diligencia. Requisito no debe entenderse como requerimiento de probar o demostrar que el daño fue intencional o de mala fe (culpa psicológica). Bastará con que se compruebe que el Estado no tomó todas las medidas que debió, tomar según requerían las circunstancias en ese caso, autónomamente de las intenciones o voluntad del Estado.

resultados, no se puede todavía identificar y “especificar (...) el contenido concreto de la obligación.”<sup>308</sup>

Razón por la cual, el Tribunal en el Caso del Euro Túnel, sostuvo que “la clasificación general de obligaciones, aunque sea muy útil para ciertos propósitos, no es substituta para la aplicación de la situaciones concretas de un caso en particular”<sup>309</sup>. Por ello, el resultado y contenido mismo dentro de la caracterización que hemos dado en los párrafos anteriores no dejará de ser variable, en virtud de los hechos de cada caso. Sin perjuicio, de que a lo largo de este capítulo analizaremos los elementos del Estándar de manera general.

## II. “*DUE DILIGENCE*” o la DEBIDA DILIGENCIA

El punto de partida de todos los escritos académicos, así como los casos analizados en el capítulo anterior (exceptuando al Caso Siemens)<sup>310</sup>, es que la forma de determinar si el Estándar de protección y seguridades plenas ha sido vulnerado es considerando si el Estado actuó con la debida diligencia al momento de otorgar la protección al inversionista o su inversión<sup>311</sup>. Por esa razón, cuando nos refiramos al deber de actuar con la debida diligencia nos estaremos refiriendo al Estándar de protección y seguridades plenas, ya que éste por la falta de diligencia o vigilancia del Estado.

El deber del Estado de conducirse con la debida diligencia<sup>312</sup>, es al mismo tiempo un elemento del estándar mínimo de trato a los extranjeros del derecho consuetudinario internacional. Pero para el caso que nos compete en este momento,

---

<sup>308</sup> GUIDITTA CORDERO, MOSS. “Chapter 7 Full Protection and Security”. *Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 139.

<sup>309</sup> Eurotunnel Award. ¶ 314.

<sup>310</sup> En virtud de que el Tratado aplicado en ese caso en Particular hablaba de seguridad legal.

<sup>311</sup> Véase sobre este punto *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v Tanzania*, ¶ 725; *National Grid v. Argentine Republic*, ¶ 188; *Wena Hotels Limited v Egypt*, ¶ 82.; *Rumeli Telekom v Kazakhstan*, ¶ 659; *Jan de Nul v Egypt*, ¶ 265; *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v Egypt*, ¶ 447; *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v The Republic of Albania*, ¶ 73.; *Lauder v Czech Republic*, ¶ 308, entre otros.

<sup>312</sup> En este mismo sentido véase IAN BROWNLIE, *Principles of International Public Law*, MALCOLM N. SHAW, “*International Law*”. Cambridge University Press, Fifth Edition, 2003.

es el parámetro bajo el cual se debe juzgar o analizar la conducta del Estado, para ver si ha cumplido o no con otorgando protección y seguridades plenas a la inversión.

Este elemento del Estándar de protección y seguridades plenas es de difícil definición, como señala acertadamente MALCOLM N. SHAW en su libro *International Law*, cuando dice que “es menos cierto lo que significa por debida diligencia”<sup>313</sup>. Razón por la cual concluye que lo que significa la debida diligencia es “difícil de cuantificar y más fácilmente, definido en negativo.”<sup>314</sup>

García Amador, también, resaltaba esta dificultad de dar una definición general acerca de lo que debe entenderse por la debida diligencia cuando dice:

“Existe la opinión casi unánime en el sentido de que el criterio de la “diligencia debida” no admite una definición clara y precisa, que permita determinar objetiva y exactamente que un Estado ha sido “diligente” en el desempeño de sus funciones de vigilancia y protección.”<sup>315</sup>

BROWNLIE, de igual manera resalta el hecho de que “las decisiones de los tribunales (...) no ofrecen una definición de “*due diligence*”. Obviamente una “definición muy dogmática no será apropiada dado que lo que está involucrado es un estándar que varía de acuerdo a las circunstancias”<sup>316</sup> Por ello es que, podemos notar que pese a haber “sido aceptado en teoría, todavía permanece el agregar el contenido en detalle de éste bien establecido principio del Derecho Internacional”<sup>317</sup> que requiere a los Estados actuar con la debida diligencia la hora de otorgar protección y seguridades plenas a los inversionistas.

---

<sup>313</sup> SHAW, M. “*International Law*”..., *Op. Cit.*, p. 764.

<sup>314</sup> *Ibíd.* p. 766.

<sup>315</sup> COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE NACIONES UNIDAS. Segundo informe sobre la Responsabilidad Internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho Internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas). Preparado por Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial. Repartido en el 51° período de sesiones Ginebra, 3 de mayo a 23 de julio de 1999 A/CN.4/501.¶ 28.

<sup>316</sup> BROWNLIE, I. *Principles of Public International Law...*, *Op. Cit.*, p. 438.

<sup>317</sup> BARNIGDE, R. *The Due Diligence Principles Under International Law*. p. 21. Disponible en <http://ssm.com/abstract=1156773>; Consultado por última vez el 15 de Octubre de 2009.

Esta dificultad de una definición exhaustiva de lo qué es y de lo que conlleva la obligación de conducirse con la debida diligencia, no ha impedido a los tribunales internacionales aplicar o utilizar este concepto para determinar si el Estado ha conferido o no protección y seguridades plenas en un caso en concreto. Lo que dicha limitación conlleva es simplemente que la definición o el punto de partida para analizar siempre, va a ser con términos abstractos que deberán ser examinados con los hechos concretos del caso en particular.

MALCOLM N. SHAW afirma que, el test para determinar si el Estado actuó con la debida diligencia al momento de otorgar protección y seguridades plenas “indudablemente incorpora un elemento de flexibilidad<sup>318</sup> en la ecuación, y debe ser probada a la luz de las circunstancias del objeto de análisis”<sup>319</sup>. No siendo entonces, inusual que en la formulación de la protección y seguridades plenas se hable que el Estado debe tomar “todas las medidas (...) necesarias para prevenir, reducir daños (...) usando con este propósito (...) los medios a su disposición y de acuerdo a su capacidad.”<sup>320</sup>

De lo que se desprende que el Estándar de protección y seguridades plenas, es una obligación “de comportamiento (...) [referente] al grado de diligencia con que deberían actuar los Estados.”<sup>321</sup>

De ahí que el Estándar de protección y seguridades plenas, se relacione “con la responsabilidad del Estado por actos de particulares en tiempos de paz que

---

<sup>318</sup> Flexibilidad, en este sentido debería entenderse como equivalente o, igual al término de discrecionalidad para ver el tipo de medidas que puede emplear o, realizar el Estado para cumplir con su deber de diligencia. Es decir, es una obligación flexible en el sentido en que existe más de una manera en que podrá actuar con la debida diligencia respecto de sus obligaciones internacionales.

<sup>319</sup> SHAW, M. “*International Law*”..., *Op. Cit.*, p. 764.

<sup>320</sup> *Ibíd.* p 764. Enunciando los mismo elementos o requisitos véase *Wena Hotels Limited v Egypt*, ¶ 82.; *Tecmed SA v México*, ¶ 177; *Saluka v Czech Republic*, ¶ 484, *Waguhi Elie George Siag and Clorinda Vecchi v Egypt* ¶ 446; *Biwater Gauff v Tanzania*, ¶ 725, entre otros.

<sup>321</sup> COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE NACIONES UNIDAS. Segundo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho Internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas). Preparado por Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial. Repartido en el 51° período de sesiones Ginebra, 3 de mayo a 23 de julio de 1999 A/CN.4/501. ¶ 18.

entrañan (...) un comportamiento indebido de sus órganos, esto es, la falta de diligencia debida para prevenir y reprimir actos perpetrados por particulares<sup>322</sup> o por los mismos agentes estatales.

Basta ver al respecto, el comentario del artículo 10 del proyecto de Harvard Law School de 1929, que definió al estándar de la debida diligencia como:

“la jurisdicción para adoptar medidas de prevención, así como la oportunidad de que el Estado tome medidas en caso de tener conocimiento de un daño inminente o de circunstancias que justifiquen la expectativa de un daño probable.”<sup>323</sup>

Nótese que el comentario del artículo habla simplemente de daño, no lo condiciona, ni restringe a protección física simplemente, se refiere a que el Estado deberá adoptar medidas al respecto. Algo que se debe mencionar y tener bien claro, es que “la diligencia debida es un criterio y no una definición.”<sup>324</sup>

NEWCOMBE Y PARADELL indican que, éste requerimiento del Estándar de protección y seguridades plenas, como es que el Estado actúe con la debida diligencia se origina en dos contextos:

“Primero, el Estado receptor debe usar la debida diligencia para proteger a los (...) [inversionistas] y su propiedad de actos dañosos de personas privadas, incluyendo turbas e insurgentes(...), Segundo, el Estado debe ejercer debida diligencia en la administración de justicia, por ejemplo, investigando o persiguiendo a aquellos responsables por actos criminales en contra de extranjeros. La responsabilidad del Estado se origina de la falla en ejercer la debida diligencia para prevenir el crimen o perseguirlo, arrestar y llevarlos a la justicia.”<sup>325</sup>

---

<sup>322</sup>Ibíd. ¶ 19.

<sup>323</sup> Ibíd. ¶ 25.

<sup>324</sup> Ibíd. ¶ 26.

<sup>325</sup> NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 246.

García Amador, el Primer Relator Especial para el tema de la Responsabilidad del Estado sostenía que la diligencia debida entrañaba:

“el cuidado debido en la adopción de medidas que normalmente se adoptarían en circunstancias especiales, la previsibilidad de los actos lesivos y la posibilidad de impedir su comisión con los recursos disponibles en el Estado, el ejercicio necesario de la autoridad para aprehender a quienes hubiesen cometido actos lesivos y el hecho de dar al extranjero la oportunidad de interponer una acción contra esas personas.”<sup>326</sup>

Para poder hablar en un caso en particular que se cumplió otorgando la protección y seguridades plenas, MCCAFFREY destaca que la obligación comporta o requiere del Estado que al menos que cumpla con los siguientes elementos:

- “a) El grado de diligencia que podía esperarse de un buen gobierno. En otras palabras, el gobierno de un Estado debe tener con carácter permanente, un régimen jurídico y unos recursos materiales suficientes para cumplir sus obligaciones internacionales en circunstancias normales. En particular, el Estado debe haber establecido y mantener un aparato administrativo, que sea mínimamente suficiente para poder dar cumplimiento a esas obligaciones;
- b) La utilización de la infraestructura con un grado de vigilancia consonante con las circunstancias.”<sup>327</sup>

DUPUY, también asocia el concepto de debida diligencia con el de buen gobierno, al decir que es la diligencia mínima que:

“cabe esperar un buen gobierno, esto es de un gobierno consciente de sus obligaciones internacionales (...) contrapartida del ejercicio exclusivo de la jurisdicción territorial como del factor restrictivo de la responsabilidad internacional que dimana de la omisión de actuar de conformidad a él”.<sup>328</sup>

---

<sup>326</sup> Ibíd. ¶ 28.

<sup>327</sup> Ibíd. ¶ 30.

<sup>328</sup> Ibíd. ¶ 31.

En términos muy similares, JIMENEZ DE ARÉCHAGA, considera que este deber de la diligencia debida “es la contrapartida del ejercicio exclusivo por cada Estado de las funciones policíacas y consecuencia directa del control exclusivo de su territorio”.<sup>329</sup>

A pesar de esa caracterización de este elemento del Estándar de protección y seguridades plenas, como la obligación de tener un aparato organizado y estructurado con recursos para responder a las circunstancias, se considera también “que el grado de vigilancia puede variar según el grado de desarrollo de un Estado”<sup>330</sup>. Eso es correcto en el sentido de que no se va a juzgar el cumplimiento de la obligación de actuar con la debida diligencia a todos los Estados por igual, innegablemente el nivel de vigilancia que tendrá un inversionista en Tokio, o Londres, no es el mismo que tendrá en Zimbawe.

Lo que se analiza es qué medidas tomó ese Estado en función a los recursos que tenía a su disposición o en función a su nivel de desarrollo, para poder determinar si su actuación está por debajo del nivel de protección y seguridades podía esperar del Estado. Es decir, no vamos a esperar que todos reciban el mismo nivel de protección policial o que tengan acceso a juzgados con tecnología de punta, lo que se examina aquí es, sí pudo acceder al juzgado, si la policía dentro de sus recursos le protegió y empleo todo las medias razonables para hacerlo<sup>331</sup>.

LAMMERS llega a la conclusión de que:

“Únicamente cabía decir que un Estado había incumplido una obligación de cuidado o de diligencia debidos [fallando en otorgar protección y seguridades plenas] si sus órganos públicos sabían o debían haber sabido que

---

<sup>329</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. “Responsabilidad Internacional”. *Manual de Derecho Internacional Público*. Editado por, SORENSEN MAX. Fondo De Cultura Económica, México. Quinta Reimpresión, 1994.p.531.

<sup>330</sup>Ibíd. ¶ 39.

<sup>331</sup> NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 294.

determinado comportamiento de su parte o de parte de personas naturales o jurídicas causaría”<sup>332</sup> un daño.

Por su parte, la CIJ en el caso de los rehenes en la embajada de Irán sostuvo que Irán había incumplido su obligación de actuar con la debida diligencia en vista de que sus oficiales:

“a) estaban completamente conscientes de sus obligaciones (...) para tomar las medidas apropiadas para proteger las premisas de la embajada de Estados Unidos (...) de cualquier ataque y de cualquier vulneración a su inviolabilidad<sup>333</sup>, y de asegurar la seguridad de las personas que estén presentes en el local;

b) estaban completamente consientes como resultado de los llamados [pedidos] de ayuda realizados por la embajada de Estados Unidos, de la necesidad de acción urgente de su parte;

c) tenían los medios a su disposición para cumplir con sus obligaciones; y

d) falló completamente en cumplir con estas obligaciones.”<sup>334</sup>

---

<sup>332</sup> J. G. LAMMERS, *Pollution of International Watercourses*. La Haya, Martinus Nijhoff, 1984, p. 349. En términos parecidos el Tribunal del caso *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v The Republic of Albania*. ¶ 78. Así mismo, véase el caso de *Wena Hotels* en que se condenó a Egipto por no haber tomado medida alguna para prevenir un daño que sabía iba a ocurrir.

<sup>333</sup> En este caso, la obligación de protección era de responsabilidad objetiva, puesto que se trataba de una embajada y la obligación primaria Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 así lo requería. Pese a este no deja de ser claro que en se hubiera condenado al Estado Iraní aún si dicha particularidad al no haber tomado las medidas apropiadas para proteger la embajada y a las personas que se encontraban al interior de esta ya que como resaltó la misma CIJ “las obligaciones de Irán (...) no son únicamente contractuales [Convención de Viena de 1961] (...), sino también obligaciones bajo el Derecho Internacional” (CIJ, Caso Estados Unidos vs. Irán. International Court of Justice, *Reports of judgments, advisory opinions, and orders* (The Hague, 1980). ¶ 31. Aparece en Barnidge, R. “State’s Due Diligence Obligation with regard to International Non-State Terrorist Organisations Post-11 September 2001: the Heavy Burden that States must bear”. *Irish Studies in International Affairs*, Vol. 16 (2005). p. 109.)

<sup>334</sup> CIJ, Caso Estados Unidos vs. Irán. International Court of Justice, *Reports of judgments, advisory opinions, and orders* (The Hague, 1980). ¶ 32-33. Aparece en Barnidge, R. *State’s Due Diligence Obligation with regard to International...*, Op. Cit., p. 109. En iguales términos tenemos la condena a Egipto en el caso de *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi*, al haber fallado en otorgar protección y seguridades plenas por haber permitido la toma de los hoteles, no haber hecho nada para remediarlo. ¶ 448; Véase así, mismo el caso *AMT v Zaire*, en donde se le condonó a Zaire por no haber tomado medida alguna en prevenir el daño. Igual caracterización podemos observar en la interpretación hecha por el Tribunal de *Biwater v. Tanzania* que sostuvo que se viola el Estándar de

De este análisis, podemos sacar que un Estado incumple con su obligación de actuar con la debida diligencia fallando consecuentemente en otorgar protección y seguridades plenas, cuando “está plenamente consciente de sus obligaciones y de la necesidad apremiante de acción, posee los medios para cumplir con sus obligaciones legales y falla totalmente en hacerlo.”<sup>335</sup>

A continuación, analizaremos las formas más típicas en las que se manifiesta el deber de la debida diligencia, sin perjuicio de que como se mencionó el principio de la debida diligencia puede aplicarse a cualquier situación.

## 1. INVESTIGAR Y SANCIONAR

De las definiciones o caracterizaciones hechas anteriormente encontramos que la primera situación en la que se ha requerido que el Estado demuestre debida diligencia, es en su deber de investigar y sancionar.

BARNIGDE ROBERT resume con gran precisión esta primera dimensión del deber de la debida diligencia, al referirse al caso Janes de la Comisión de reclamos México- Estados Unidos que se baso en “la falla de las autoridades mexicanas en perseguir, arrestar, condenar o castigar efectivamente a los (...) [criminales] (...) de ciudadanos americanos matados en México”.<sup>336</sup> La responsabilidad nace, aquí, por la “falla en la prevención de esos actos, o el tomar acción para castigar a los responsables”.<sup>337</sup>

Consecuentemente, “el Estado es responsable (...) por los actos y omisiones de sus órganos cuando (...) [estos] (...) no han hecho todo lo que estaba dentro de

---

protección o seguridades plenas cuando el Estado “falla sustantiva en tomar medidas razonables, precautelatorias y acciones preventiva” (Biwater v Tanzania, ¶ 725).

<sup>335</sup> *Ibíd.* p. 109.

<sup>336</sup> BARNIGDE, R. *Due Diligence Principle under International Law...*, Op. Cit., p. 19.

<sup>337</sup> *Ibíd.* p. 20.

su poder para prevenir el acto dañoso del individuo privado o el castigarlo si ha ocurrido.”<sup>338</sup>

Muchas veces será la omisión del Estado lo que genera la responsabilidad, no la falta de recursos de éste. No debemos olvidar que se trata de realizar los “esfuerzos adecuados” con los recursos que se cuenta o tiene a disposición.

Esta primera dimensión acerca de “el deber de prevenir daños a los extranjeros (...) contiene dos partes, principalmente el deber de mantener un aparato legal y administrativo capaz normalmente de garantizar respeto por la norma internacional en prevención”<sup>339</sup>, y el deber de emplear sus aparato estatal “con la diligencia que las circunstancias requieren.”<sup>340</sup>

Es decir, el Estado tiene un deber jurídico de:

“prevenir razonablemente, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.”<sup>341</sup>

Como hemos venido sosteniendo a lo largo del capítulo, y toda la tesina, el deber de la debida diligencia implica tomar las medidas razonables para la prevención de los daños a los inversionistas. En esas líneas, podría decirse que:

“La palabra "razonablemente" califica el deber de prevención y (...) la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su

<sup>338</sup> *Ibíd.* p. 21. A este respecto véase la decisión del caso *Wena Hotels* donde se condenó a Egipto justamente por eso, por no haber prevenido el daño, y no haber investigado a los responsables del mismo.

<sup>339</sup> Obligación que resalta el Tribunal del caso *Lauder v Czech Republic*, cuando dice que “el tratado no crea una obligación (...) para intervenir en la disputa entre (...) dos compañías sobre (...) sus relaciones legales. [Pero] (...) si de mantener su sistema judicial disponible” ¶ 314. En la misma línea también encontramos la decisión del Tribunal *Tecmed v México* que consideró que México había actuado razonablemente mantenido y poniendo a disposición del inversionista sus recursos judiciales y administrativos. Así también encontramos al Tribunal de *National Grid v Argentine Republic*, cuando dice que se debe tener un sistema de remedios para proteger bienes inmateriales de la inversión. (¶ 182).

<sup>340</sup> BARNIGDE, R. *The Due Diligence Principles Under International Law...*, Op. Cit., p. 25.

<sup>341</sup> Corte I.D.H., Caso *Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 174.

incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado (...) No basta que suceda la violación para que se pueda decir que el Estado falló en prevenirla”.<sup>342</sup>

Esta obligación de Investigar, en relación con el principio de la debida diligencia ha sido definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante, Corte IDH como:

“una obligación de medios, no de resultados (...) [que] (...) debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa<sup>343</sup>, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios<sup>344</sup>”<sup>345</sup>.

La obligación a cargo del Estado de prevención y de cuidado cuando tengan conocimiento de un daño o, exista la probabilidad de o, inminencia de éste, para poder sostener que actuó con la debida diligencia, si no pudo prevenirlo deberá apenas llegue a su conocimiento que tal hecho ocurrió:

“iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva<sup>346</sup>. Esta investigación, debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y, en su caso, el castigo de todos los

---

<sup>342</sup> Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrs. 175.

<sup>343</sup> Véase en iguales términos los casos siguientes casos de la Corte IHD; *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 3, párr. 148; *Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 7, párr. 296; y *Caso Baldeón García*, *supra* nota 21, párr. 93.

<sup>344</sup> Así mismo véase sobre esta segunda obligación a cargo del estado la sentencias de la Corte IDH; en el *Caso Goiburú y otros*, *supra* nota 5, párr. 117; *Caso Baldeón García*, *supra* nota 21, párr. 93; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 7, párr. 144.

<sup>345</sup> Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro *Vs.* Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (*Fondo, Reparaciones y Costas*). ¶ 255.

<sup>346</sup> Cfr. *Caso Vargas Areco*, *supra* nota 3, párr. 77; *Caso Servellón García y otros*, *supra* nota 3, párr. 119; y *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)*, *supra* nota 128, párr. 79.

responsables de los hechos, especialmente cuando están involucrados agentes estatales”.<sup>347</sup>

A pesar de esto, “la [obligación] (...) de investigar es, (...) una obligación de medio[s] o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio.”<sup>348</sup> Lo parecería indicar que el deber de prevención respecto a crímenes cometidos en contra de extranjeros por individuos, insurgentes, o bandoleros no podrá exceder los medios a disposición del Estado, más aún el cumplimiento de “la justicia civil y criminal, puede depender de los medios a disposición del Estado y del grado de autoridad que puede ejercer (...) puesto que debemos reconocer que existen circunstancias en los cuales la actuación del Estado puede ser materialmente limitada o inclusive paralizada”.<sup>349</sup>

## 2. ACCIONES Y OMISIONES EN EL CONTEXTO DE INSURRECCIONES

La segunda situación en la que deberá demostrar que actuó de manera diligente al otorgar protección y seguridades plenas es en el caso de insurrecciones, rebeliones, conflictos internos.

Al analizar, el deber de los Estados en caso de insurrecciones tenemos que, partir del presupuesto de que los Estados no son “responsables de los daños que no cometieron, o por no prevenir una pérdida cuando esta fuera de su poder prevenirla,

---

<sup>347</sup>Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro *Vs.* Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (*Fondo, Reparaciones y Costas*). ¶ 256. Véase en iguales términos los casos de la Corte IDH, *Goiburú y otros, supra* nota 5, párr. 117; *Caso Servellón García y otros, supra* nota 3, párr. 119; y *Caso Ximenes Lopes, supra* nota 3, párr. 148.

<sup>348</sup> Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 177.

<sup>349</sup> CHENG, B. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, Grotius Classic Reprint Series*. Cambridge University Press; First Edition November 2, 2006. p.227-228.

o por no usar los métodos a su poder para restaurar la propiedad (...) cuando dicha propiedad nunca estuvo dentro del alcance de esos medios”.<sup>350</sup>

Este principio se ve recogido en el caso *Sambiaggio*, en donde él reclamo se centró en que un ciudadano italiano viviendo en Venezuela durante una revolución había sido “coaccionado (...) para entregar avances de efectivo y tomaron propiedad de él causando daño”<sup>351</sup> por la fuerza revolucionarias comandadas por el coronel Guevara<sup>352</sup>. Se estableció el principio de que el Estado no puede ser responsable por las eventos revolucionarios de actores no estatales “al menos que aparezca claramente que el gobierno ha fallado en usar de manera apropiada y pronta la fuerza de su autoridad constituida,”<sup>353</sup> o si éste no otorga la protección “hasta donde lo permitan los medios a su disposición y de acuerdo a las circunstancias verificadas.”<sup>354</sup>

En la misma línea, el Prof. BROWNLIE también considera que “en el caso de disturbios localizados turbas violentas, negligencia sustancial al tomar acción preventiva y de precaución, y desatención resultando en indiferencia oficial (...) creará responsabilidad por los daños causados”<sup>355</sup>.

BROWNLIE citando a MCNAIR sintetiza 2 principios respecto a la Responsabilidad del Estado en situaciones de conflicto interno, insurrección, motines y disturbios:

“Un Estado en cuyo territorio ocurra una insurrección no es responsable por las pérdidas o el daño ocasionado a los extranjeros a menos que pueda demostrar que el (...) Estado fue negligente en el uso de, o al no usar, las fuerzas a sus disposición para la prevención, o supresión de la insurrección; Este es un test variable, que depende de las circunstancias de la insurrección;

---

<sup>350</sup> *Ibíd.* p. 218.

<sup>351</sup> *Sambiaggio (Italy v. Venezuela)* 10 R.I.A.A 513 (1903). Aparece en BARNIGDE, R. *The Due Diligence Principles Under International Law...*, Op. Cit., p. 26.

<sup>352</sup> *Ibíd.* p. 26.

<sup>353</sup> *Ibíd.* p. 26.

<sup>354</sup> *Ibíd.* p. 26.

<sup>355</sup> BROWNLIE, I. *Principles of Public International Law...*, Op. Cit., p. 437.

Ese Estado no es responsable por el daño resultante de las operaciones militares (...) a menos que ese daño sea gratuito [o querido] o innecesario.”<sup>356</sup>

La regla general de no responsabilidad descansa en la premisa de que aún en un régimen de responsabilidad objetiva, debe existir una capacidad normal para actuar y una conmoción social mayor es equivalente a “*force majeure*”; sin embargo, existe “acuerdo general (...) que la regla de no responsabilidad no se puede aplicar cuando el gobierno (...) ha fallado en ejercer [demostrar] la debida diligencia.”<sup>357</sup>

Lo que parecería indicar que el Estado no tendrá responsabilidad por las acciones de “manifestantes o rebeldes que causen pérdidas o daños”<sup>358</sup>, siempre y cuando las autoridades estatales hayan “actuado de buena fe y sin negligencia.”<sup>359</sup>

DUPUY, al analizar el caso los rehenes de la embajada de Irán, señala respecto a la obligación de actuar con la debida diligencia que:

“lo crucial es los pasos dados por el Estado, de tal modo que (...) sí Irán hubiera Estado dispuesto y hubiera demostrado que en verdad tomó todos los pasos apropiados para evitar la toma de los diplomáticos como rehenes, no hubiera sido considerado responsable.”<sup>360</sup>

---

<sup>356</sup> *Ibíd.* p. 437.

<sup>357</sup> *Ibíd.* p. 437.

<sup>358</sup> SHAW, M. *International Law...*, Op.Cit, p.705.

<sup>359</sup> *Ibíd.* p. 705. Es por eso que en ciertas actuaciones la responsabilidad recaerá no sobre el Estado, sino sobre otros grupos o, estos grupos tendrán que asumir la responsabilidad cuando lleguen al poder. Situación que ocurrió en el caso Yeager del Tribunal de Reclamos Entre Estado Unidos e Irán, cuando condenó a este último por la expulsión de éste ciudadano americano; porque según el Tribunal la expulsión fue realizar por la Guardia Revolucionaria y esta fue llevada a cado después del éxito de la Revolución y aunque los “Guardianes de la Revolución no eran en ese momento un órgano oficial (...) se determinó que habían estado ejerciendo autoridad gubernamental con el conocimiento y aquiescencia del Estado revolucionario, haciendo a Irán responsable por esos actos.” *Ibíd.* p. 705.

<sup>360</sup> PIERRE-MARRIE DUPUY. Aparece en BARNIGDE, R. *The Due Diligence Principles Under International Law...* Op. Cit., p. 50.

En otras palabras, la obligación de la debida diligencia requiere los “mejores esfuerzos del Estado, [en vista de que] lo que cuenta aquí es la violación de la obligación de los mejores esfuerzos, no el resultado final realmente alcanzado.”<sup>361</sup>

### III. ESTÁNDAR OBJETIVO O SUBJETIVO

Según hemos podido observar el Estado para cumplir su deber de otorgar protección y seguridades plenas, tiene que conducirse con la debida diligencia, o actuar de una manera diligente; tomando todas las medidas necesarias para asegurar la seguridad y protección de la inversión.

Tornando la pregunta de si la adopción de esas medidas por parte del Estado deberían ser apreciadas o contrastadas con un modelo ideal de conducta o comportamiento o si, deberían apreciarse bajo la lente del accionar del Estado en particular.

Existe consenso en que al momento de analizar las actuaciones del Estado, no es necesario establecer que las mismas fueron de buena fe o de mala fe<sup>362</sup> o lo que es igual no hace falta establecer que el Estado actuó con dolo.<sup>363</sup>

Podría decirse en base a los razonamientos de los tribunales arbitrales citados en el capítulo II, y considerando que no es necesario demostrar si hubo mala fe o no, que estamos frente a un estándar objetivo. Esto implica que se deberá determinar si la medida que tomó el Estado fue una medida “razonable de prevención que un gobierno bien administrado se hubiera esperado tome bajo circunstancias similares.”<sup>364</sup> Posición similar a la que adoptó el Tribunal en el caso

---

<sup>361</sup>Ibíd. p. 50.

<sup>362</sup> Véase *Occidental vs. Ecuador*, ¶ 186.; y *AAPL vs. Sri Lanka*. ¶ 77.

<sup>363</sup> Sobre este punto véase, *Rumeli Telekom v Kazakhstan*, ¶ 660.

<sup>364</sup> *AMT v Zaire*. ¶ 77.

Lauder contra República Checa cuando sostuvo que las medidas que se debían tomar eran aquellas “razonables bajo las circunstancias.”<sup>365</sup>

## 1. NIVEL DE DESARROLLO DEL ESTADO

Ahora bien, como mencionamos en el párrafo anterior parecería que el Estándar de protección y seguridades plenas requiere que se analice la razonabilidad de las medidas, lo que indicaría que es un parámetro objetivo. Pero debemos analizar también, el tema del nivel del desarrollo o los recursos disponibles de un Estado, y qué papel juega para determinar si cumplió o no con su obligación de otorgar protección y seguridades plenas.

En esa línea algunos tribunales han considerado que el nivel de desarrollo, debe ser un factor a tomar en cuenta al momento de analizar si el Estado cumplió con otorgar o conceder protección y seguridades plenas. La lógica detrás de esta posición parece ser que, los inversionistas como hombres de negocios experimentados deben y consideran el nivel de desarrollo del Estado en el cual piensan invertir.<sup>366</sup> Por lo tanto, los inversionistas no pueden esperar que “los tratados de inversión (...) [esgriman como] (...) pólizas de seguros en contra de malas decisiones de negocios”<sup>367</sup>, siguiendo este razonamiento “el inversionista no puede esperar reclamar bajo el Tratado por acciones resultantes de ese nivel de desarrollo.”<sup>368</sup>

Tal como afirmó el Tribunal del Caso CMS contra Argentina cuando dijo:

---

<sup>365</sup> *Lauder v Czech Republic*, ¶ 308; *Waguib Elie George Siag and Clorinda Vecchi v Egypt*, ¶ 448; *VIVENDI II c. REPÚBLICA ARGENTINA, CIADI*, ¶ 7.4.15.; *Biwater v Tanzania*, ¶ 725.; *National Grid v. Argentine Republic*, ¶ 182.; entre otros.

<sup>366</sup> GALLUS, N. “The Influence of the Host State’s Level of Development on International Investment Treaty Standards of Protection”. *Transnational Dispute Management Vol. 3, Issue 5; December 2006*.p.715. Disponible en [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com), consultado por última vez 15 Octubre de 2009.

<sup>367</sup> *Emilio Agustín Maffezzini v. Spain.*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award 13 November 2000, ¶ 64.

<sup>368</sup> GALLUS, N. “The Influence of the Host State’s Level of Development on International Investment Treaty Standards of Protection”..., Op. Cit., p.716.

“La crisis tuvo en sí un serio impacto en (...) los negocios del Demandante, pero ello en cierta medida puede ser atribuido al riesgo empresarial que (...) asumió al invertir en Argentina (...) Ante esos efectos no puede ser pretendiendo que la empresa (...) [opere] de la manera habitual. En caso contrario, las partes no compartirían algunos de los costos de la crisis de una manera razonable y la decisión sería, (...) una póliza de seguro contra el riesgo empresarial, resultado que, como lo argumenta el Demandado, no se justificaría.”<sup>369</sup>

No obstante existen algunos tribunales como el Tribunal del caso GAMI Investment Inc. contra México que rechazan incluir en su análisis el tema de los recursos, al respecto dijo que:

“La obligación de los Tribunales (...) es evaluar (...) cómo las leyes preexistentes y regulaciones se aplican al inversionista extranjero. No es excusa que la regulación sea costosa. Tampoco son defensas la escasez de administradores capaces o una cultura deficiente de cumplimiento. Tal es el reto de gobernabilidad que enfrenta cada país. Las violaciones (...) [al TI] (...) de seguro no pueden ser excusadas en base a que el cumplimiento del Gobierno (...) a sus propias leyes puede ser difícil. Cada parte (...) debe por el contrario aceptar responsabilidad si sus agentes no implementan las regulaciones o lo hacen de una manera discriminatoria o arbitraria.”<sup>370</sup>

Un enfoque intermedio respecto al tema del nivel de desarrollo lo encontramos en el caso de AMT contra Zaire (actual República Democrática de Congo), en donde se excluyó del análisis del Estándar de protecciones y seguridades plenas el nivel de desarrollo de Zaire, para considerarlo al momento de calcular la compensación. El Tribunal dijo:

---

<sup>369</sup> CMS Gas Transmission Company v Argentina, Award, ICSID Case No ARB/01/8, IIC 65(2005) 12 May 2005.¶ 248.

<sup>370</sup> GAMI Investment Inc. v México, Final Award, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC15 November 2004 109 (2004).¶ 94.

“Le hubiera gustado a AMT adoptar un método para calcular la compensación (...) practicable en circunstancias normales prevalecientes en un país ideal donde el clima de inversión es muy estable, como Suiza (...) El Tribunal no considera posible el acceder a esta manera de evaluar los daños e interés con las circunstancias bajo consideración, en la cual la situación permanece precaria (...) el Tribunal optará por un método (...) más realista y plausible en las circunstancias del caso, mientras rechaza todos los métodos que servirían para enriquecer injustamente a un inversionista, que correcta o incorrectamente, ha escogido invertir en un país como Zaire, creyendo que al hacerlo estaba construyendo un castillo en España o un chalet Suizo (...) sin ningún riesgo político (...) económico o financiero.”<sup>371</sup>

Por su parte, algunos comentaristas parecen favorecer la posición de que al momento de otorgar protección y seguridades plenas, esta obligación irá en función de los recursos o nivel de desarrollo del Estado.

ROOT señala que la obligación de actuar con la debida diligencia para brindar protección y seguridades plenas, es un “estándar práctico y siempre mira a las posibilidades del gobierno bajo las condiciones existentes”<sup>372</sup>. Al parecer este sería un estándar que varía y se acomoda los distintos niveles de desarrollo de los Estados.<sup>373</sup> En términos parecidos BRIERLY afirma que el Estándar de protección y seguridades plenas, “no es uno exacto, ni requiere a un grado uniforme de eficiencia gubernamental independientemente de las circunstancias.”<sup>374</sup>

Enfoque que en el caso *Pratts*, la comisión de Reclamos entre Estados Unidos y México recoge al indicar que:

---

<sup>371</sup> *American Manufacturing & Trading Inc. v Zaire*, Award and Separate Opinion, ICSID Case No ARB/93/1, IIC 14 (1997) 21 February 1997.¶ 7.14.

<sup>372</sup> ROOT, E. “The Basis of Protection to Citizens Residing Abrod”, *American Journal of International Law*. Vol.4, No.3, 1910, p.523. Aparece en GALLUS, N. “The Influence of the Host State’s Level of Development on International Investment Treaty Standards of Protection”. *Transnational Dispute Management*, Vol. 3, Issue 5..., Op. Cit., p. 724.

<sup>373</sup> *Ibíd.* p. 724. .

<sup>374</sup> BRIERLY, JAMES. *The Law of Nations*. Sexta Edition. Oxford University Press, Oxford UK, 1963. pp.280-281. Aparece en *Ibíd.* p. 724.

“El deber de protección de parte del gobierno, por los principios general del Derecho Internacional (...) únicamente va tan lejos como es permitido por las posibilidades.”<sup>375</sup>

BIN CHENG, en términos similares tras haber examinado de manera detallada la aplicación de los principios generales del Derecho por los diversos tribunales o cortes internacionales arribó a la conclusión de que “la vigilancia que (...) un Estado debe ejercer [bajo el Derecho Internacional], puede caracterizarse como “*diligentia quam in suis*” principio que prevé que “el Estado provea en la realidad (...) la seguridad que ellos [extranjeros] razonablemente esperarían.”<sup>376</sup>

El mismo BIN CHENG considera que si el nivel de diligencia, que los Estados deben otorgar protección y seguridades plenas va más allá de esta máxima romana se “impondría al Estado una obligación de organizar una fuerza policial especial para extranjeros, que ciertamente se extendería de la brújula reconocida para obligaciones internacionales.”<sup>377</sup>

Consecuentemente, para el mismo autor el nivel de debida diligencia que un inversionista podría esperar por parte del Estado Receptor al momento de recibir protección y seguridades plenas “ya sea por los principios generales del Derecho Internacional o por acuerdo especial [entiéndase tratado de inversión] (...) , únicamente se extiende conforme lo permitan las posibilidades”<sup>378</sup>, limitación que según BING CHENG no es exclusiva del deber de protección o de diligencia, sino el “límite de todas las obligaciones.”<sup>379</sup>

---

<sup>375</sup> Comisión de Reclamos México- USA. Comisionado Mexicano en el Salvado Pratts Case (C.1868). Aparece en CHENG, BING. “General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals”..., Op. cit., p. 219.

<sup>376</sup> *Ibíd.* p. 220.

<sup>377</sup> *Ibíd.* p. 220.

<sup>378</sup> *Ibíd.* p. 220. Refiriéndose a las decisiones del Caso Pratts (1868), la decisión de las Zonas Españolas de Marruecos (1923) y el Laudo del caso de Alabama (1872).

<sup>379</sup> *Ibíd.* p. 220 - 223.

Opinión en contrario sobre la disponibilidad de recursos, al momento de analizar la obligación del Estado de protección y seguridad la podemos observar en la decisión del caso Montijo en donde el “umpire” sostuvo que:

“El gobierno de la Unión a través de sus oficiales en Panamá, falló en su obligación de extender a los ciudadanos de los Estados Unidos la protección que, tanto por el derecho de las naciones y por estipulación del tratado especial, estaba obligado a otorgar (...) es cierto, que no tenía los medios para hacerlo, no teniendo suficientes fuerzas navales o militares de Colombia para este propósito, pero esta ausencia de poder no remueve la obligación (...) Sí promete protección a aquellos que consciente y admite en su territorio, debe encontrar los medios de hacerlo efectivo. Sí no lo hace, aún sin culpa propia, debe tomar las únicas enmiendas en su poder, *visz*, compensar el sufrimiento.”<sup>380</sup>

Concuerdo con esta decisión en el sentido de que el Estado, si ha adquirido una obligación de otorgar protección y seguridad plenas a las inversiones; debe encontrar los medios disponibles para hacer dichas garantías efectivas<sup>381</sup>, no quedarse con los brazos cruzados, ni adoptar una actitud pasiva ante la situación o limitaciones actuales. Esto no debería considerarse como transformando la obligación de protección y seguridades plenas en una obligación absoluta. Es decir, el Estado deberá tomar como señala Roberto Ago “las medidas que en vista de las circunstancias podían haber sido previstas y la posibilidad física de prevenir su comisión con los recursos disponibles del Estado”<sup>382</sup>, o lo que es igual se le juzgará

---

<sup>380</sup> GALLUS, N. “The Influence of the Host State’s Level of Development on International Investment Treaty Standards of Protection”. *Transnational Dispute Management*, Vol. 3, Issue 5..., Op. Cit., p. 725.

<sup>381</sup> Entiéndase que lo se busca aquí es que, con los recursos que tenga el Estado pueda cumplir con dicha protección, analizando si en base a lo que disponía adoptó todas las medidas que pudo o debía adoptar.

<sup>382</sup> GALLUS, N. “The Influence of the Host State’s Level of Development on International Investment Treaty Standards of Protection”. *Transnational Dispute Management*, Vol. 3, Issue 5..., Op. Cit., p. 725.

por las medidas y acciones que adoptó considerando los recursos que este tenía disponibles en ese momento.

Necesariamente estas decisiones y opiniones nos llevan a la disyuntiva, de si aplicamos un estándar estrictamente objetivo que no toma en cuenta el nivel de desarrollo del Estado se estará juzgando a los Estados bajo un estándar que no puede proveer, por otra parte al hacerlo proveerá al país en desarrollo con un incentivo para mejorar sus estándares, evitando que simplemente mantengan el *status quo* al generarse un aliciente para implementar o encontrar los medios disponibles para cumplir con sus obligaciones.

A pesar de eso esta disyuntiva no es tan grande, en vista de que el Estándar de protección y seguridades plenas funciona sobre la base de que “el Estado es responsable (...) por los actos y omisiones de sus órganos cuando (...) [estos] (...) no han hecho todo lo que estaba dentro de su poder para prevenir el acto dañoso del individuo privado o el castigarlo si ha ocurrido”<sup>383</sup>. Razón por la cual muchas veces será la omisión del Estado<sup>384</sup> lo que genera la responsabilidad, no la falta de recursos, además, no debemos olvidar que se trata de realizar los “esfuerzos adecuados” con los recursos que se cuenta o tiene a disposición.

Dentro de esa misma línea la alternativa propuesta por el Tribunal del caso AMT contra Zaire, valdría la pena explorar porque a pesar de que no considera un limitante o eximente de responsabilidad el que el Estado no haya tenido suficientes recursos, limitándose a determinar qué medidas tomó para brindar protección y seguridades plenas, toma en cuenta dicho factor al momento de calcular la compensación.<sup>385</sup>

---

<sup>383</sup> BARNIGDE, R. *The Due Diligence Principles Under International Law...*, Op. Cit., p. 21.

<sup>384</sup> Como sucedió en los casos de Wena Hotel contra Egipto, Clorinda Vecchi contra Egipto, en el caso AMT contra Zaire, National Grid contra Argentina, Bewater contra Tanzania, Vivendi II contra Argentina. Todos esos casos o situaciones en las que se condenó al Estado por su actitud pasiva ya sea para prevenir, restaurar o por haber fallado en otorgar los remedios disponibles para corregir el daño dentro de sus posibilidades, mas no por no haber tenido suficientes recursos.

<sup>385</sup> Aparece en GALLUS, N. “The Influence of the Host State’s Level of Development on International Investment Treaty Standards of Protection”. *Transnational Dispute Management*, Vol. 3, Issue 5..., Op. Cit., p. 728.

No debemos olvidar que cuando los tribunales analizan el Estándar de las protecciones y seguridades plenas, parten de qué fue lo que hizo el Estado, qué medidas tomó o dejó de tomar con los recursos que contaba en ese momento y qué medidas razonablemente podíamos esperar que tome. Volviendo así el factor determinante, no cuántos recursos tenía o su nivel de desarrollo, sino qué hizo con dichos recursos, sí encontró o puso los medios adecuados para hacer efectiva esa garantía de protección y seguridades plenas.

En conclusión, podríamos decir que la protección y seguridades plenas es un estándar objetivo modificado<sup>386</sup>, porque requiere que el Estado ejerza o adopte todas las medidas razonables para otorgar protección, sin dejar de tomar en cuenta las circunstancias y los recursos que tenía disponible para adoptar medidas. Esto equivale a sostener que no se esperará el mismo nivel de protección en todos los Estados, sino que estos den protección en el nivel que le permita su condición, por ejemplo, no se requiere que todos los Estados tengan los mismos equipos para conducir una investigación, sino que conduzcan la investigación con sus equipos y materiales, cualesquiera que estos sean.

#### IV. MARGEN DE APRECIACIÓN SOBERANA

Como ya tuvimos ocasión de mencionar el Estándar de protección y seguridades plenas es una obligación de medios, no una "obligación absoluta que garantiza que no se producirán daños, en el sentido que cualquier violación crea automática responsabilidad objetiva de parte del Estado."<sup>387</sup> En razón de que el Estado, "no es una aseguradora (...) y difícilmente podría considerarse que acepta

---

<sup>386</sup> Conclusión similar a la que llegan NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 296.

<sup>387</sup> *Wena Hotels v Egypt*, ¶ 84. En iguales términos véase *Tecmed v México*, ¶ 177 y *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v Egypt*, ¶ 447, entre otros.

responsabilidad absoluta por todas las lesiones sufridas por los extranjeros [inversionistas].”<sup>388</sup>

Se requiere como se recordará que el Estado actúe con la debida diligencia, tomando medidas razonables bajo las circunstancias para prevenir, evitar o restaurar el daño o amenazas contra la protección y seguridad de la inversión. En esta tarea el Estado goza de amplias libertades al momento de analizar, qué medidas tomar con la finalidad de otorgar la protección y seguridades al inversionista en un caso concreto. Considerando esta libertad o margen de apreciación, respecto a las medidas que debe tomar es que los tribunales, han sido bastante cuidadosos a la hora de analizar y verificar “la disponibilidad de las medidas para alcanzar una finalidad en particular (...) al existir el riesgo de interferencia con la apreciación soberana.”<sup>389</sup>

Este hecho no debería entender como discrecionalidad ilimitada por parte de los Estados, sino que los Tribunales ejercerán un control en forma subsidiaria y complementaria. Examinando primero si la discreción fue ejercida de de buena fe, y segundo revisando la razonabilidad de las medidas adoptadas dentro de las circunstancias, mas no si había una medida más idónea o efectiva para cumplir dicha finalidad.<sup>390</sup>

De lo que se desprende que los Estados, tienen un margen de apreciación que brinda cierta latitud al evaluar las situaciones de hecho preservándoles a estos una “amplia zona de legalidad en la que (...) pueden operar.”<sup>391</sup>

Por ello es que GUIDITTA CORDERO MOSS, sostiene que los requerimientos para considera “vulnerado el estándar son bastante altos (...) en vista de que la

---

<sup>388</sup> *Wena Hotels v Egypt*, ¶ 84.

<sup>389</sup> GUIDITTA CORDERO, MOSS. “Chapter 7 Full Protection and Security”. *Standards of Treatment...*, Ob. Cit., p.141.

<sup>390</sup> *Ibíd.* p. 141.

<sup>391</sup> *Ibíd.* p. 141. Véase también el trabajo de SCHILL, S. & BRIESE, AND R. “If the State Considers”: Self-judging Clauses in International Dispute Settlement”. *Max Plank Yearbook of United Nations Law. Volume, 13, 2009.* 2009 Koninklijke Brill N.V. Printed in the Netherlands. Quienes realizan un análisis detallado acerca del margen de apreciación del cual gozan los Estados.

obligación (...) se cumple si el Estado ha tomado algunas medidas de vigilancia de que no parecen irrazonables.”<sup>392</sup>

Personalmente creo que al ser una obligación de medios y no de resultados, los Estados podrán decidir cómo cumplen con la misma, habiendo adoptado algunas medidas, por ende la dificultad para considerar vulnerado al estándar de protección y seguridades plenas dependerá de cómo y porqué se produjo el daño, así como de qué hizo el Estado para prevenirlo o qué hizo después para repararlo.

## V. ALCANCE DEL ESTÁNDAR

Bien ahora que hemos tenido ocasión de revisar los elementos del estándar de protección y seguridades plenas, resta establecer al alcance del Estándar. Para esto, considero importante empezar recordando lo que NEWCOMBE Y PARADELL dijeron respecto al alcance del Estándar, según estos el alcance es “a menudo poco claro debido a la tendencia de interpretar la obligación como parte del trato justo y equitativo (...) en lugar de cómo un estándar de trato independiente.”<sup>393</sup>

### 1. PROTECCIÓN FÍSICA

El alcance tradicional del Estándar de protección y seguridades plenas, es el de garantizar o asegurar la protección de la seguridad física de bienes y personas.<sup>394</sup>

---

<sup>392</sup> *Ibíd.* p. 139. Normalmente, se condena por la falta de medidas para prevenir, restaurar la situación previa, imponer sanciones, más que por las medidas en sí mismas.

<sup>393</sup> NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 295.

<sup>394</sup> BISHOP, DOAK ET. AL. *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary*. Editorial Kluwer Law Internacional.p.1008. Véase también, DOLZER, RUDOLF AND SCHREUER, CHRISTOPH. *Principles of International Investment Law*. Oxford University, Press. UNCTAD Bilateral Investment Treaties in the Mid- 1990's (1998). R. DOLZER AND M. STEVENS in *Bilateral Investment Treaties*, ICSID, 1995. G. SACERDOTI, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, Recueil des Cours, Tome 269, 1997, p. 347.

A través, de una obligación general que requiere que el Estado se conduzca con la “debida diligencia en la protección de las inversiones extranjeras.”<sup>395</sup>

Obligación de actuar con la debida diligencia que como recordaremos “impone una obligación al Estado de adoptar razonablemente todas las medidas para proteger la seguridad física, de los bienes y activos de amenazas o ataques dirigidos particularmente sobre extranjeros [inversionistas]”<sup>396</sup>, protección que no está limitada no sólo a los bienes del inversionista sino que incluye “a individuos relacionados con una inversión”<sup>397</sup>.

De igual manera podemos encontrar como un deber correlacionado y directamente derivado de esta obligación de proteger la seguridad física de bienes y personas, está la protección que el sistema legal debe brindar al inversionista para “poder prevenir y perseguir acciones que amenacen o impidan la seguridad física de la inversión”.<sup>398</sup>

Algunos consideran, esta obligación de protección legal o del sistema judicial como una extensión tradicional del alcance del Estándar de protección y seguridades plenas, opinión que es compartida por GUIDITTA CORDERO MOSS, que considera esta obligación “como una extensión de la mencionada protección física o seguridad física, en vista de que tanto la policía como el sistema judicial o administrativo del Estado receptor deben estar comprometidos en asegurar la seguridad física de la inversión extranjera.”<sup>399</sup>

---

<sup>395</sup>R. DOLZER AND M. STEVENS in *Bilateral Investment Treaties*, ICSID, 1995

<sup>396</sup> G. SACERDOTI, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, Recueil des Cours, Tome 269, 1997, p. 347. En términos muy similares han conceptualizado la Obligación del Estado, los tribunales de los Casos *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka...*; *AMT v Zaire*, *Wena Hotels Limited v Egypt*, ¶ 84. Notándose que dichos laudos se refrieron a la aplicación de protección física en virtud de los hechos del caso, más no porque la definición del estándar confinada esta. Así como también, en *BG Group v Argentine Republic*, ¶ 326.; *Rumeli Telekom v Kazakhstan*, ¶ 668; *Saluka v Czech Republic*, Partial, ¶ 483.

<sup>397</sup> GUIDITTA CORDERO, MOSS. “Chapter 7 Full Protection and Security”. *Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 131.

<sup>398</sup> GUIDITTA CORDERO, MOSS. “Chapter 7 Full Protection and Security”. *Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 131-135.

<sup>399</sup> *Ibid.* p. 131. Véase también, NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, Op. Cit, p. 296.

## 2. PROTECCIÓN MÁS ALLÁ DE PROTECCIÓN FÍSICA

Hemos tenido ocasión de constatar numerosas decisiones que reconocen que el Estándar de protección y seguridades plenas, puede ser aplicado en casos de violencia no física o, inclusive en completa ausencia de esta.

Al respecto podemos resaltar que estas decisiones habrían determinado acertadamente que el Estándar tiene ramificaciones que están más allá del mero ejercicio de los poderes de policía. Esta ramificación se refiere a disponibilidad del sistema judicial, administrativo del Estado para proteger los intereses del Inversionista,<sup>400</sup> en los cuales no se ve amenazada la integridad, seguridad física, o que no han sido producto de vulneración física alguna.

En ese sentido recordemos el caso *Lauder* donde se determinó que:

“el tratado no creo una obligación de [actuar con la] debida diligencia (...) para intervenir en la disputa entre (...) dos compañías sobre la naturaleza de sus relaciones legales. **La única obligación del Demandado bajo el Tratado es de mantener su sistema judicial disponible**”<sup>401</sup>. (Resaltado mío).

En términos similares, el Tribunal del caso *Tecmed* admitió la posibilidad de revisar o recurrir judicialmente para obtener protección cuando los derechos del inversionista están siendo afectados, indicando que:

“Esta conclusión [las autoridades reaccionaron razonablemente] se extiende al sistema judicial, tanto cuando se trató de adoptar medidas en relación con las manifestaciones de oposición social, o de disponer la cesación de medidas

---

<sup>400</sup> GUIDITTA CORDERO, MOSS. “Chapter 7 Full Protection and Security”. *Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 141. En términos parecidos véase, NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 296.

<sup>401</sup> *Lauder v Czech Republic*, ¶ 314.

administrativas juzgadas incompatibles con el régimen legal aplicable al Confinamiento”.<sup>402</sup>

Además, no podemos olvidar la decisión en el caso de Saluka donde el Tribunal afirmó que Saluka al haber presentado y “obtenido su petición de reparación [por la Corte Constitucional Checa no podía] (...) seguir siendo considerado como agraviado.”<sup>403</sup>

Estas decisiones parecerían indicar que bajo el Estándar de protección y seguridades plenas, el Estado tendría la obligación de mantener disponible su sistema judicial y administrativo para que el inversionista pueda perseguir, o buscar protección para sus derechos cualesquiera que estos sean.<sup>404</sup>

Así también, podemos encontrar casos en que la protección que tenga que recibir el inversionista deba “aplicarse con un alcance más amplio que la seguridad física de un inversor o sus bienes, puesto que cualquiera de ellos podría verse sujeto a un acoso, sin sufrir un daño físico o ser secuestrado”<sup>405</sup> o ser violentados sin que su seguridad física se vea comprometida.

Dentro de esa línea el caso RANKIN conocido por los Tribunales de Reclamos establecidos entre Estados Unidos e Irán, es de particular relevancia para determinar que el nivel de protección y seguridad que tiene que brindar el Estado, no se limita exclusivamente a una protección física, sino que se extiende incluso a situaciones de hostigamiento o de expulsión a extranjeros en los cuales no se ve comprometida la seguridad física de las personas.<sup>406</sup>

En igual sentido, podemos observar la decisión del Tribunal del caso Biwater contra Tanzania donde el Tribunal declaró vulnerado la protección y seguridades plenas, “aún si no se uso fuerza para desalojar a la gerencia de las oficinas o en la

---

<sup>402</sup> Tecmed v México, ¶ 177.

<sup>403</sup> Saluka v Czech Republic, ¶ 486.

<sup>404</sup> NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 296.

<sup>405</sup> VIVENDI II c. REPÚBLICA ARGENTINA, ¶ 7.4.17.

<sup>406</sup> BROWER, C. & BRUESCHKE, J. *The Iran- United States Claims Tribunal*. Kluwer International Law. First Edition, The Hague The Netherlands.p.357-362.

toma de las instalaciones de City Water, estos actos fueron innecesarios y abusivos.”<sup>407</sup>

Estas decisiones confirmarían que el tratar de confinar el Estándar de protección y seguridades plenas solamente a protección física, “sería excesivamente artificial (...) particularmente (...), [porque la mayoría de TI están] dirigido[s] a la protección de inversiones comerciales y financieras”<sup>408</sup>, y no hace justicia a los distintos niveles de protección que requieren los distintos bienes.

Adicionalmente, cuando en el texto mismo del Estándar “los términos “protección” y “seguridad” se califican por “plenas”, el contenido del Estándar se puede extender a otros asuntos que a seguridad física. Esto implica que el Estado debe [garantizar] (...) un ambiente seguro, tanto físicamente, comercial y legalmente”.<sup>409</sup> Ni que decir de aquellos TI en los que la protección y seguridades plenas, aparecen como una especificación del estándar de trato justo y equitativo, o cuando el tratado se refiere a seguridad legal de las inversiones.

Sin olvidarnos que esta interpretación restrictiva del término protección y seguridades plenas, privaría de protección a los bienes intangibles o inmateriales que son tratados y considerados como inversión. Bienes que por su misma naturaleza no son susceptibles de “daño físico”; piénsese aquí que dejaríamos sin protección, no sólo a los derechos de propiedad intelectual, sino a derechos contractuales, acciones, regalías, entre otros. Por consiguiente, si el mismo TI establece la “garantía de protección y seguridad plena [sin] diferencia[r] explícitamente entre los tipos de inversión, entonces, la obligación debe extenderse a los bienes inmateriales”.<sup>410</sup>

En conclusión, se podría decir que confinar el alcance del Estándar de protección y seguridades plenas, exclusivamente a protección física es poco plausible por las siguientes razones:

---

<sup>407</sup> *Biwater v Tanzania*, ¶ 731.

<sup>408</sup> *Ibíd.* ¶ 729.

<sup>409</sup> *Ibíd.* ¶ 729.

<sup>410</sup> MENDENHALL, J. “Fair Treatment of Intellectual Property Rights Under Bilateral Investment Treaties”. *Transnational Dispute Management*, Vol. 6, Issue 2, August 2009. p.10. Disponible en [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com), consultado por última vez 30 octubre de 2009.

Primera, “los [tratados de inversión] (...) generalmente no distinguen entre protecciones aplicables a inversiones físicas y protecciones aplicables a inversiones intangibles. Más bien, los estándares de protección relevantes son aplicables a las “inversiones” sin calificación adicional”.<sup>411</sup>

Segunda, como ya se ha venido mencionando a lo largo de este trabajo los tribunales que se han inclinado por limitar o confinar el nivel de protección, únicamente a protección física ha sido por “apoyarse en los hechos de decisiones previas que trataron únicamente con bienes físicos”<sup>412</sup>, pero no porque han encontrado una diferencia “conceptual entre la diferencia de la protección bienes tangibles (...) y bienes intangibles [o inmateriales]”<sup>413</sup>. Además, que la gran mayoría de decisiones se ha limitado a los hechos de cada caso y la limitación del alcance de la protección y seguridades plenas no se origina sino de una “aplicación excesivamente rígida de precedente[s]”.<sup>414</sup>

Tercera, el confinar el alcance de la protección y seguridades plenas a casos de violencia física privaría de efecto al Estándar de protección y seguridades plenas en los diferentes TI, al aceptarse cada vez más que el trato justo y equitativo contiene al menos las protecciones del estándar mínimo internacional. Por ello, una cláusula general de trato justo y equitativo haría redundante e innecesaria a la obligación de protección y seguridades plenas, al incluir la protección y seguridades como parte del estándar mínimo internacional.<sup>415</sup>

---

<sup>411</sup> *Ibíd.* p. 11.

<sup>412</sup> *Ibíd.* p. 11.

<sup>413</sup> *Ibíd.* p. 11.

<sup>414</sup> *Ibíd.* p. 11. Sólo basta ver en este sentido la decisión del Tribunal BG Group v Argentine Republic y Rumeli Telekom que siguen esta aplicación excesivamente rígida de antecedentes jurisprudenciales, sin atender al caso en particular o al tipo de vulneraciones que las partes alegaron en cada caso. Dicho sea de paso, esto sirve también, para contrarrestar el argumento de que en el arbitraje de inversiones no existe uniformidad en las decisiones.

<sup>415</sup> NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 296.

## CAPITULO IV

### INTERACCION CON OTROS ESTÁNDARES

#### I. RELACIÓN CON LA COSTUMBRE INTERNACIONAL (TRATO MÍNIMO INTERNACIONAL)

Actualmente, se ha suscitado gran discusión en el arbitraje de inversiones especialmente por parte de los Estados acerca de como interactúa el Estándar de protección y seguridades plenas, con la costumbre internacional o el estándar mínimo internacional. La discusión tiene importancia en la medida en que permitirá determinar el alcance de Estándar de protección y seguridades plenas. Así como, qué situaciones están cubiertas en cada cláusula. Esta discusión se originó cuando los Estados quisieron equiparar el Estándar de protección y seguridades plenas para limitar su alcance, ya que la norma consuetudinaria<sup>416</sup> de un desarrollo más lento

---

<sup>416</sup> Aún en el caso, como del Tratado NAFTA en que se ha equiparado o aceptado que el Estándar es similar a la costumbre internacional o al mínimo internacional; se ha generado la polémica acerca si el contenido de ese mínimo se limita a la interpretación dada por los tribunales a comienzos del siglo XX. Directorate for Financial and Enterprise Affairs. *Number 2004/3 Fair and Equitable*

limitaría el campo de acción del Estándar. Limitando por lo tanto, la responsabilidad de los Estados al no contemplar ciertas acciones<sup>417</sup> como internacionalmente ilícitas<sup>418</sup>.

La obligación consuetudinaria de trato mínimo que deben otorgarles los Estados a los extranjeros en su territorio, está gobernada por un “conjunto de principios que los Estados independientemente de su legislación local (...) [y sus] (...) prácticas deben respetar en sus relaciones con los extranjeros y su propiedad (...) [la violación de esta norma] (...) desencadena la responsabilidad internacional del Estado y puede abrir la puerta para reclamos internacionales [protección diplomática usualmente] a nombre del extranjero agraviado si es que el extranjero agotó recursos internos.”<sup>419</sup>

En base a esa consideración, debe mencionarse que la forma se determinar si un Estado cumplió con su obligación de protección y seguridades plenas; es a través de la obligación de actuar con diligencia por parte de los Estados, misma que es una obligación derivada de la Costumbre Internacional<sup>420</sup> o que surgió de la misma por

*Treatment Standard in International Investment Law*. p. 9. La respuesta a esta inquietud será contestada más adelante.

<sup>417</sup> Tradicionalmente, se ha considerado que forman parte de ese mínimo internacional de trato para los extranjeros y su propiedad la: denegación de justicia, protección y seguridades plenas, el tratamiento a extranjeros durante la detención y la manera en cómo se realiza el derecho de expulsión por parte de los Estados. Directorate for Financial and Enterprise Affairs. *Number 2004/3 Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law...*, Op. Cit., p. 9.

<sup>418</sup> Hecho que según los artículos de Responsabilidad Internacional de los Estados, elaborados por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, se configura cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el Derecho Internacional [Actos de sus agentes, órganos (Ejecutivo, Judicial, Asamblea); personas autorizadas para actuar o ejercer funciones estatales, actos ultravirus de agentes. Actos de privados por falta de actuar con la debida diligencia] y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado [en este caso el Estándar de protección y seguridades plenas del TBI] (Artículo 2).

<sup>419</sup> YANNACA-SMALL, K. “Chapter 6 Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments”. *Standards of Investment Treatment*. Editado por AUGUST REINISCH. Oxford University Press, Primera Edition (2008), p. 147. En este mismo sentido véase la definición propuesta por A.H. ROTH quien definió al trato mínimo internacional como “nada más que una serie de reglas, correlacionase entre sí y derivadas de una norma general del Derecho Internacional, principalmente que el trato a los extranjeros está regulado por la ley de las naciones”. (*The Minimum Standard of International Law Applied to Alisen* (1949). P.147).

<sup>420</sup> *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*. Dissenting Opinion of Judge ASANTE.

medio del ejercicio de la acción de protección diplomática.<sup>421</sup> Ahora bien, esto no significa que una vez que se haya incorporado a la cláusula o Estándar del TI el Estado se limite a actuar conforme a la Costumbre Internacional. Este, es sólo el mínimo de protección que el Estado debe brindar, no el límite a la protección que debe brindar.<sup>422</sup>

Esta posición de que el Estándar de protección y seguridades plenas, es distinto al estándar mínimo internacional encuentra respaldo principalmente, en una interpretación literal o del texto de los mismos TI. Como menciona correctamente el Prof. CHRISTOPHER SCHREUER, “es inherentemente implausible que un Tratado use una expresión como (...) [protecciones y seguridades plenas] (...) para denotar un conocido concepto como el trato mínimo internacional en el Derecho Internacional consuetudinario”<sup>423</sup>. Si esa habría sido la intención o si habrían querido otorgar exclusivamente el trato mínimo del derecho consuetudinario, podían indicarlo perfectamente y no habrían usado una expresión diferente, como en efecto lo hicieron.

Respaldo, a la noción que el Estándar de protección y seguridades plenas es independiente al trato mínimo internacional. Esta apoyada por la mayoría de tratadistas y en especial, por los pioneros del Derecho de Inversiones como son: F.A MANN y DOLZER junto a MARGARETH STEVENS.

F.A MAN al respecto dijo:

---

<sup>421</sup> Acción mediante la cual el Estado de nacionalidad de la persona (inversionista en muchos casos) afectado, reclamaba al Estado del cual esa persona sufrió el daño. Pero dicha acción, al momento de plantearse era del Estado que la ejercía mas no el inversionista o afectado, por lo que la compensación al mismo quedaba a discreción del Estado. Sobre este punto véase IAN BROWNLIE, *Principles of International Public Law*.

<sup>422</sup> En la misma línea véase *Genin, Eastern Credit Ltd. Inc. and AS Baltoil v. Republic of Estonia*, Award, 25 June 2001, 6 ICSID Reports 241. Por otra parte, en sentido contrario, el Tribunal del Caso *Noble Ventures vs. Rumania*. Sostuvo que: “parece dudoso que la provisión pueda ser entendida de una manera más amplia en alcance que la obligación general de proveer protección y seguridades plenas de extranjeros encontradas en la Costumbre Internacional” (¶ 164).

<sup>423</sup> SCHREUER, C. “Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with Others Standards”. p.9. *Transnational Dispute Management, Vol.4*. Consultado el 18 de enero del 2009 en la página <http://www.transnational-dispute-management.com/>.

“No se gana nada introduciendo la concepción de un estándar mínimo, y más aún, es engañoso el introducirlo. Los términos (...) [protección y seguridades plenas] imaginan conductas que van más allá y otorgaran protección a un nivel mayor y de acuerdo aún estándar mucho más objetivo, que cualquier otra forma de palabras previamente empleadas. Un tribunal (...) tendrá que decidir en todas las circunstancias [si la conducta] (...) en discusión [otorgó o no protección y seguridad plenas] (...) Los términos deben ser entendidos y aplicados de una manera autónoma e independiente.”<sup>424</sup>

Uno de los primeros estudios detallados que se realizó acerca de los Tratados Bilaterales de Inversión DOLZER Y STEVENS llegan a la misma conclusión, cuando dicen:

“El hecho de que las partes en un TBI hayan considerado necesario él estipular este estándar como una obligación expresa en lugar de apoyarse en una referencia al derecho internacional y consecuentemente invocando un estándar relativamente vago como el estándar mínimo, es probablemente evidencia de un estándar autónomo. Más aún algunos tratados se refieren al derecho internacional de manera adicional a [las protecciones y seguridades plenas], pareciendo reafirmar que los estándares del Derecho Internacional son consistentes con, pero complementarios a las disposiciones del BIT.”<sup>425</sup>

De la misma manera PETER MUCHLINSKI afirma que a menos que el texto del TI diga otra cosa debe entenderse, al Estándar como separado y autónomo. Porque, “si la intención era asimilar los dos conceptos, esto debió haberse hecho de manera explícita en el texto.”<sup>426</sup> De otra manera (...) [la protección y seguridades plenas] (...) deben interpretarse<sup>427</sup> por su cuenta.

---

<sup>424</sup> F. A MANN. “Brithish Treaties for the promotion and Protection of Investment”, 52 *The British Year Book of Internacional Law* 241, 244 (1981). Aparece en SCHREUER, *Interactions...*, Op. Cit., p.10.

<sup>425</sup> DOLZER Y STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, p. 60(1995). Aparece en SCHREUER, C. “Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with Others Standards”..., Op. Cit., p. 10.

<sup>426</sup> Esta conclusión es similar a la que llegó la UNCTAD en su estudio sobre trato justo y equitativo al señalar que; “ si los Estados creen que (...) es enteramente intercambiable con el estándar mínimo internacional, podrían indicarlo de manera clara en los instrumentos de inversión”.

Al mismo tiempo, el hecho de que en última instancia los argumentos apunten a considerar que la protección y seguridades plenas no es “sinónimo con el estándar mínimo internacional. [No quiere decir que] (...) Los dos estándares no interactúan de manera significativa”.<sup>428</sup>

Sí bien es cierto que los autores de dichas interpretaciones se estaban refiriendo al trato justo y equitativo, no hay razón alguna por la cual las mismas no puedan extenderse o aplicarse de la misma forma a la protección y seguridades plenas. La mayoría de los TI está redactado de manera similar a la obligación del trato justo y equitativo, y son enunciadas muchas veces en el mismo artículo o a continuación, pero, de manera independiente. Más aún, si se toma en cuenta que el Estándar fue incluido dentro de la nota que emitió la Trade Commission del Acuerdo NAFTA, al decir que estas dos protecciones deberían equipararse con el mínimo internacional.

El motivo por el cual las cláusulas de los tratados de inversión que obligan a los Estados a otorgar trato justo y equitativo y protección y seguridades plenas sean autónomas, aunque estén estrechamente relacionados con el estándar del mínimo internacional. Se explica según VASCIANNIE en que:

“el estándar del mínimo internacional ha sido un punto de controversia entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo por un período considerable, es poco probable que la mayoría de los Estados hayan aceptado la idea de que este estándar se refleja de manera plena en el trato justo y equitativo [o protecciones y seguridades plenas] (...) sin una discusión clara.”<sup>429</sup>

---

UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Fair and Equitable Treatment. (1999). p.13.

<sup>427</sup> MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises and the Law*. p.626 (1999).

<sup>428</sup> UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Fair and Equitable Treatment. (1999). p.40.

<sup>429</sup> S. VASCIANNIE, *The Fair and Equitable treatment Standard in International Investment Law and Practice*, 70, *The British Year Book of International Law* 104/105, 139-144 (1999).

El Prof. IAN BROWNLIE, en su libro de *Principles of International Public Law*, al analizar las protecciones de los individuos en el Derecho Internacional, resalta esta controversia mencionada por VASCIANNIE entre países desarrollados y en vías de desarrollo respecto al estándar mínimo internacional. Al analizar el trato nacional y el estándar del mínimo internacional, indicando que la controversia se centró en “intereses económicos y políticos en conflicto”<sup>430</sup>. Amparados muchas veces, bajo la idea de que el estándar mínimo internacional fue o “ha sido la clave para mantener un estatus privilegiado para los extranjeros; apoyando el control de de los mismos en grandes sectores de la economía, y proporcionando un pretexto para la intervención armada de extranjeros.”<sup>431</sup>

Siendo así, parecería poco plausible afirmar que ante un claro clima de tensión entre los Estados, estos hubieran aceptado que las protecciones y seguridades plenas sean consideradas por los Estados sin más, como parte de este supuesto mínimo internacional. El que como se mencionó en los párrafos precedentes generó gran controversia, especialmente entre los Estados Latinoamericanos que auspiciaban según el PROF. BROWNLIE la aplicación de la norma de trato nacional.

Más aún, esta idea de que los estándares son independientes y autónomos al estándar del mínimo internacional, podría explicar él porque existe práctica estatal de manera “sustancial incorporando el trato justo y equitativo y [las protecciones y seguridades plenas] (...) mientras que la práctica o instancias en la que los Estados han indicado o insinuado una equivalencia entre est [os] (...) estándar [es] y el estándar mínimo internacional son relativamente escasos”<sup>432</sup>.

Ejemplo de la distinción entre el Estándar de protección y seguridades plenas con el estándar mínimo internacional, se puede observar en la interpretación dada por el Tribunal del caso AMT contra Zaire cuando dijo que el Estándar de

---

<sup>430</sup> BROWNLIE, IAN. *Principles of Public International Law...*, Op. Cit., p. 503.

<sup>431</sup> *Ibíd.* p. 503.

<sup>432</sup> S. VASCIANNIE, *The Fair and Equitable treatment Standard in International Investment Law and Practice*, 70, *The British Year Book of International Law* 104/105, 139-144 (1999).

protección y seguridades plenas crea para el Estado receptor una “obligación objetiva que no debe ser inferior al mínimo estándar de vigilancia y de cuidado requerido por el derecho internacional”<sup>433</sup>.

A pesar de esto, existe también cierta autoridad apuntando en una dirección opuesta, es decir, que los dos estándares son iguales o idénticos, pero como menciona SCHREUER fuera del contexto y de la particularidad de los tribunales constituidos bajo las provisiones de NAFTA (que se explicará más adelante) estas fuentes son “limitadas y parecen estar apoyadas principalmente en la siguiente evidencia.”<sup>434</sup>

La nota explicativa al artículo 1(a) del Proyecto de Convención de la OECD para la protección de inversión extranjera donde se indica que “la frase ‘trato justo y equitativo [y protecciones y seguridades plenas], tradicionales en los tratos bilaterales de inversión relevantes, indican el estándar fijado por el Derecho Internacional para el trato de extranjeros.”<sup>435</sup> Por ello, se dice al final de la nota explicativa que “el estándar requiere conformidad en efecto con el trató mínimo que forma parte del derecho consuetudinario internacional”.<sup>436</sup>

Como se mencionó anteriormente las personas que buscan apoyo para la idea de que el trato justo y equitativo, y la protección y seguridades plenas deben ser equiparados o no van más allá de lo que dicta el estándar de trato mínimo internacional. Se amparan principalmente en la disposición de NAFTA y la interpretación que dio la Trade Comisión. Pero antes de analizar dicha interpretación, debemos realizar dos puntualizaciones acerca del artículo 1105 de NAFTA.

---

<sup>433</sup>AMT v Zaire, ¶ 6.05.

<sup>434</sup>SCHREUER, C. “Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with Others Standards”..., Op. Cit., p. 12.

<sup>435</sup> Ibid. p. 12.

<sup>436</sup> Ibid. p. 12.

La primera es la “referencia al Estándar Mínimo de Trato en el encabezado del artículo es una evidente referencia al Derecho Internacional general”.<sup>437</sup> La segunda, es que la obligación de las partes al Tratado, les compele a otorgar trato “conforme al Derecho Internacional”<sup>438</sup> el mismo que incluye trato justo y equitativo y protección y seguridades plenas.

Así la interpretación que dio la Free Trade Commission de NAFTA, aclaró el significado y el nivel de protección que las partes en ese Tratado estaban dispuestas a conferir al indicar que:

“1. El Artículo 1105(1) obliga a respetar el estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario en el tratamiento de extranjeros como el estándar mínimo de trato que se le debe brindar a las inversiones de los inversionistas de la otra parte. 2. Los conceptos de trato "justo y equitativo" y "plena protección y seguridad" no obliga a tratamientos adicionales o más allá de lo que se requiere en virtud del estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario en el trato de extranjeros.”<sup>439</sup>

Pues bien, la pregunta ahora es en qué cambia esto lo que hemos sostenido hasta ahora sobre el estándar mínimo internacional y el Estándar de protección y seguridades plenas. Cambia en que del texto de NAFTA, se desprende que las partes deben dar un trato que sea conforme al derecho internacional, que incluye protección y seguridad plena para la inversión. En este caso los estándares forman parte del derecho internacional, consecuentemente, el trato que debe recibir el inversionista y/o su inversión, serían los del mínimo internacional conforme lo dicta el derecho internacional.

Característica que no está presente en la mayoría de Tratados de Inversión celebrados en la actualidad, y que hace de NAFTA una excepción que confirma la regla general. Excepcionalidad que como bien señala el PROF. SCHREUER entre

---

<sup>437</sup>Ibíd. p. 13.

<sup>438</sup> Ibíd. p. 13.

<sup>439</sup> Azurix v Argentina. ¶ 334.

otros<sup>440</sup> es de “limitada relevancia para la interpretación de otros tratados<sup>441</sup>, notablemente los TBI’s.”<sup>442</sup>

Relevancia limitada, porque los otros tratados de Inversión no tienen esas características especiales presentes en el Tratado NAFTA que a manera de recapitulación son:

“El artículo 1105 del NAFTA se refiere al “estándar mínimo de trato” en su encabezado (...) Se refiere al “derecho internacional, incluyendo (...) [protección y seguridades plenas] (...) sugiriendo que (...) el estándar es parte del derecho internacional general (...) Fue objeto de una interpretación vinculante por un cuerpo autorizado del tratado”<sup>443</sup>.

Consiguientemente y como bien lo señala el PROF. SCHREUER el verdadero alcance o que situaciones están cubiertas, “dependerá del texto de la cláusula en el Tratado a ser aplicado al caso particular.”<sup>444</sup> De ahí que de la práctica arbitral podemos observar que salvo los arbitraje surgidos del capítulo 11 del acuerdo NAFTA y los TBI’s celebrados bajo el modelo 2004 de los Estados Unidos, en los que efectivamente se ha equiparado este Estándar y el de trato justo y equitativo con la costumbre internacional (mínimo internacional)<sup>445</sup>, el resto de tribunales han dado una interpretación separada de la obligación basándose en el texto del TI.<sup>446</sup>

---

<sup>440</sup> Véase PARADELL Y NEWCOMBE, ZACHARY DOUGLAS, DOLZER Y SCHREUER, entre otros.

<sup>441</sup> Esta interpretación y la jurisprudencia desarrollada por los tribunales NAFTA, jugará un rol importante a mi criterio para resolver las controversias que surjan entre los inversionistas Estadounidenses protegidos por un Tratado que contenga disposiciones iguales a las del Modelo de BIT del 2004, que al igual que la interpretación realizada por la FREE TRADE COMMISSION de NAFTA, especifica que la obligación de otorgar trato justo y equitativo y protección y seguridades plenas no requiere trato más allá de lo que es requerido por ese estándar (Art.5(2)), que no es otro que el mínimo internacional.

<sup>442</sup> SCHREUER, C. “Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with Others Standards”..., Op. Cit., p. 14.

<sup>443</sup> *Ibíd.* p. 14.

<sup>444</sup> *Ibíd.* p. 16.

<sup>445</sup> El caso de Genin contra Estonia, se usa frecuentemente para afirmar que el Tribunal realizó una equiparación similar a lo que ha ocurrido en el caso de NAFTA, empero esa es una lectura podría ser errónea al no haberse considerado que la obligación del TI es igual al mínimo internacional, sino que simplemente el Tribunal señaló que la provisión del tratado contenía una obligación (...) que constituía un mínimo del cual la ley local no podía apartarse. (SCHREUER, “Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with other Standards”..., Op. Cit., p. 15). Esta confusión fue luego

Así podemos encontrar algunos tribunales, que han otorgado un nivel de protección más allá de lo que requiere la costumbre internacional reflejada en su estándar de trato mínimo.<sup>447</sup> Podríamos decir entonces que lógicamente, si la disposición del TI incluye protección y seguridades plenas y trato que no sea inferior que el requerido por el derecho internacional, difícilmente podemos hablar de que son idénticos o iguales<sup>448</sup> los dos estándares.

Sobre este punto resulta ilustrativo la interpretación dada por el Tribunal del Caso Azurix contra Argentina que aplicó una cláusula similar a la mencionada en el párrafo anterior, y según la cual la última frase de dicha cláusula se desprendía la inequívoca intención de los Estados de que:

"cualquiera sea el contenido atribuido a los otros dos niveles, el trato otorgado a la inversión no será inferior al exigido por el derecho internacional. [Es su misma] redacción (...) [que] (...) permite interpretar [la expresión] de (...) "plena protección y seguridad" como niveles más elevados que los exigidos por el derecho internacional. La finalidad de la tercera frase es fijar un límite mínimo, no un límite máximo, a fin de evitar que estos niveles puedan interpretarse como inferiores a los exigidos por el derecho internacional"<sup>449</sup>.

---

aclarada en el caso Saluka contra República Checa que contó como árbitro con el Presidente del Tribunal en el caso Genin, dicho tribunal dijo el estándar del TBI (...) prevé un Estándar básico y general que es separable del derecho local del Estado Receptor (...) lo que fue caracterizado como un estándar mínimo internacional no como el estándar mínimo internacional. Lejos de equiparar el estándar del TBI (...) con el mínimo consuetudinario el Tribunal Genin, simplemente enfatizó que (...) el estándar requiere trato que no puede ser más bajo que un cierto mínimo (...) separable de cualquier mínimo estándar de trato que prevalezca en el ordenamiento interno del Estado Receptor. (Saluka v Czech Republic, ¶ 295)

<sup>446</sup> Véase por ejemplo el caso de TECMED contra México, MTD vs. Chile, Siemens vs. Argentina; PSEG vs. Turquía; entre otros.

<sup>447</sup> Véase por ejemplo National Grid vs. Argentina, Siemens Vs. Argentina, Azurix vs. Argentina, Lauder contra República Checa, ELSI vs. Italia de la CIJ, PSEG vs. Turquía. Vivendi II contra Argentina.

<sup>448</sup> SCHREUER, C. "Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with Others Standards"..., Op. Cit., p. 16.

<sup>449</sup> Azurix v Argentina, ¶ 361, Así mismo, véase la conclusión del Tribunal del caso AMT v. Zaire.

Sin embargo, en la práctica aún si el Estándar de protección y seguridades plenas es igual o equiparado a la costumbre internacional, esta última ha evolucionado, por lo que “las exigencias mínimas para cumplir este estándar han variado<sup>450</sup>, y [como han sostenido algunos Tribunales] (...) su contenido es sustancialmente similar, sea que los términos se interpreten según su significado corriente, como lo requiere la Convención de Viena, o conforme al Derecho Internacional consuetudinario”<sup>451</sup>. Interpretación que parecería “mitigar la conclusión de que el trato justo y equitativo (...) [y las protecciones y seguridades plenas] son un estándar [es] autónomos”<sup>452</sup> al hacer esta distinción más aparente que real.<sup>453</sup>

Pero según la opinión del Prof. SCHREUER esto, no conlleva a que el Estado viole o incumpla con el Estándar únicamente vulnerando el estándar mínimo o costumbre internacional, al existir “otras formas concebibles de violación del estándar [este sería el caso de las recientes interpretaciones jurisprudenciales que señalan que la protección y seguridades plenas incluyen disponibilidad del sistema legal] (...) que van más allá del tradicional estándar mínimo internacional de trato a extranjeros.”<sup>454</sup>

Concluyendo esta sección podríamos decir que la intención de los Estados de equiparar el Estándar con el estándar mínimo internacional, en aras de que se limite su alcance demuestra inconsistencia por parte de algunos Estados a la hora de litigar. Afirmo esto, porque en la aplicación de los estándares y a la protección disponible al inversionista han buscado y sugerido la equiparación o asimilación entre este

---

<sup>450</sup>La costumbre internacional tradicionalmente ha considerado que se cumple en dar las protecciones y seguridades plenas al inversionista si se le brinda seguridad física, contenido que como vimos en el Capítulo II no termina ahí.

<sup>451</sup> *Azurix Corp. v Argentina*, Award, ICSID Case No ARB/01/12, IIC 24 (2006) 14 July 2006. ¶ 361. Véase también, *CMS vs. Argentina*, *Sempra vs. Argentina*, *Duke Energy vs. Ecuador*, *LG&E vs. Argentina*, *Enron Ponderosa vs. Argentina*. Los caso más recientes surgidos del NAFTA.

<sup>452</sup> SCHREUER, CHRISTOPHER. *Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with Others Standards...*, Op. Cit., p. 16.

<sup>453</sup> *Saluka vs. República Checa*, ¶ 291.

<sup>454</sup> SCHREUER, C. “Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with Others Standards”..., Op. Cit., p. 16.

Estándar y la costumbre internacional. Pero han sido partidarios, y han sugerido una interpretación independiente del TI respecto de la costumbre internacional, al momento de aplicar la cláusula de derogación de los TI<sup>455</sup>. Esa fue la actitud del Estado argentino cuando invocó el Estado de Necesidad para inhabilitar la operación del TBI.

Pese a dicha intención, lo que podrían conseguir los partidarios de equiparar o asimilar el Estándar con la costumbre internacional (mínimo internacional) es:

“el efecto contrario a lo querido (...) al no restringir el desarrollo del (...) Estándar. Lo más probable, es que la consecuencia de esa posición sea acelerar el desarrollo de la costumbre internacional con el rápido desarrollo de la práctica”<sup>456</sup> arbitral.

Es decir, que los tribunales no se limiten a seguir los elementos e interpretaciones dados por los tribunales de comienzos del siglo XX, sino que utilicen “interpretaciones que incorporan derecho internacional actual [moderno], cuyo contenido esta dado [moldeado] por la conclusión de más de dos mil tratados bilaterales de inversión (...) esos tratados concordantemente prevén (...) la protección y seguridades plenas para el inversionista y sus inversiones”<sup>457</sup>. Aplicación que generaría el efecto opuesto, ya que los Estados que buscan limitar el alcance del Estándar, con eso estarían más bien están contribuyendo a un rápido desarrollo del derecho consuetudinario que podría devenir en demandas contra los mismos no amparadas en un TBI sino en esa nueva costumbre internacional<sup>458</sup>.

---

<sup>455</sup> Basta ver en este sentido los argumentos dados por la Argentina en la parte de méritos en el caso CMS, LG&E y los argumentos que presento cuando el Tribunal analizó su invocación del Estado de Necesidad. Así como el análisis de la cláusula de derogación del TI que realiza KURTZ, J. “Adjudging the Exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis”. *Jean Monnet Working Paper 06/08*.

<sup>456</sup> SCHREUER, C. “Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with Others Standards”..., Op.Cit., p. 16.

<sup>457</sup> *Mondev International LTD v. United States of America*, ICSID Case No. ARB (AF)/99/2 (Award) (11 October, 2002). ¶ 125.

<sup>458</sup> SCHREUER, C. “Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with other Standards”..., Op.Cit. p. 16.

Dejando claro que es mucho más saludable una interpretación literal, que tome en cuenta el Objeto y fin del TI, al ser la voluntad de los Estados. Por lo tanto, la misma voluntad de estos es la única que al redactar el TI puede limitar, según sus políticas.

## II. INTERACCIÓN CON EL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

El Estándar de protección y seguridades plenas al ser una obligación de vigilancia o de actuar con la debida diligencia por parte del Estado, no tiene una “línea divisoria con otras provisiones contenidas usualmente en los tratados de inversión”<sup>459</sup>. Tomando en cuenta dicha particularidad, en esta sección se analizará dicha interacción o relación con el estándar de trato justo y equitativo.

Interacción que se hace latente principalmente, cuando los tribunales han reconocido que la vulneración del Estándar de protección y seguridades plenas se puede producir aún en la ausencia del daño físico. Esto no se debería interpretar como argumento a favor para limitar el Estándar de protección y seguridades plenas únicamente a protección física. Más bien resalta la interconexión que existe entre las distintas disposiciones de un Tratado de Inversiones, y hace manifiesta la necesidad de coordinación de dicha interrelación.

Debido a esa interacción es que no ha resultado ajeno a la práctica arbitral el haber unido o fusionado los dos estándares. Al considerar que el Estándar de protección y seguridades plenas, está tan íntimamente ligado con el estándar de trato justo y equitativo que muchas veces va a resultar imposible separarlos.

Sobre este tema podemos observar algunas decisiones en las que esto ha ocurrido. Por ejemplo, en el Tribunal del caso Occidental contra Ecuador (IVA Petrolero), tras finalizar su análisis y encontrar que el Ecuador violentó el trato justo y equitativo. Consideró que “la cuestión de si, también, se había incumplido la

---

<sup>459</sup> GUIDITTA CORDERO, MOSS. “Chapter 7 Full Protection and Security”. *Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 146.

obligación de otorgar protección y seguridades plenas. En virtud, de este Artículo es innecesaria, ya que, un trato que no es justo, ni equitativo, entraña automáticamente falta de protección y seguridades plenas<sup>460</sup>. Igual conclusión pero en sentido inverso es la conclusión del Tribunal en el caso *Wena Hotels v Egipto*.<sup>461</sup> Tenemos una tercera decisión en la que se sigue esta tendencia de entrelazar a los dos estándares, el caso *Azurix vs. Argentina* en la que el Tribunal concluyó que la “demandada [Argentina] también, incumplió el estándar de protección y seguridad plenas dispuesto en el TBI”.<sup>462</sup>

A pesar de eso la posición mayoritaria de la Doctrina<sup>463</sup> considera que los dos estándares son separados, y por consiguiente deben ser tratados individualmente. Posición que parece ser la más razonable, porque la mayoría de TI en los artículos en lo que se establece esta protección normalmente, presentan una formulación como la siguiente “Se otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones, las que gozarán de entera protección y seguridad y (...)”<sup>464</sup>. Formulación que resalta la intención de las partes de brindar a las inversiones un trato justo y equitativo, y adicionalmente por línea separada que los inversionistas reciban también protección y seguridades plenas del Estado, atendiendo a que “las dos frases que describen la protección de las inversiones aparecen en forma sucesiva como obligaciones diferentes.”<sup>465</sup>

No obstante, la intención de las partes del TBI de separar y crear dos obligaciones distintas; el trato justo y equitativo por un lado, y la protección y seguridades por otro, algunos tribunales consideran vulnerados los dos estándares, sin diferenciar “con precisión qué distingue un estándar del otro (...) [lo que hace al

---

<sup>460</sup> *Occidental v Ecuador* ¶ 184.

<sup>461</sup> *Wena Hotels v Egypt* ¶

<sup>462</sup> *Azurix v Argentina*, ¶ 408.

<sup>463</sup> Mencionados en Nota al pie número 375.

<sup>464</sup> Artículo II.2(a) del TBI entre Ecuador y Estados Unidos. Véase *supra* nota 131.

<sup>465</sup> *Azurix v Argentina*, ¶ 407.

estándar redundante] (...) al no ser posible identificar que acciones o omisiones pueden constituir una violación sobre una base independiente.”<sup>466</sup>

Consciente de esta problemática que parecería unir los dos estándares, el Prof. SCHREUER intentó resolverlo en base al contenido de los dos estándares (trato justo y equitativo y protección y seguridades plenas), al ser distinguibles entre sí. Según SCHREUER:

“El trato justo y equitativo consiste principalmente en la obligación del Estado de abstenerse de tomar o iniciar ciertas acciones. En contraste, bajo la promesa de protecciones y seguridades plenas, el Estado asume la obligación de activamente crear un marco que garantice y otorgue seguridad. Las medidas necesarias, mismas que deberán ser capaces de proteger la inversión en contra de acciones adversas de personas privadas, así como de órganos estatales. Adicionalmente, a la protección física se requiere la provisión de los mecanismos o remedios legales en contra a esas acciones o medidas que afectan a la inversión, así como la creación de los mecanismos para la efectiva reivindicación de los derechos del inversionista”<sup>467</sup>.

Esta interpretación ayudará a distinguir y crear un marco de aplicación separado, que permita a los dos estándares ser analizados de manera independiente. Porque en el caso del trato justo y equitativo, será la no abstención lo que vulnera el estándar, mientras que en la protección y seguridades plenas, será la no creación de un marco o mecanismo que otorgue seguridad.

Aplicando dicho criterio, por ejemplo, en una situación como la del caso National Grid, en la cual el Estado fue condenado por violar los estándares, pese a que el Tribunal se limita a decir que los mismos hechos vulneraron los estándares. Siguiendo la distinción de el Prof. Schreuer, podríamos decir que se vulneró el estándar de trato justo y equitativo, cuando el Estado Argentino condicionó al

---

<sup>466</sup> GUIDITTA CORDERO, MOSS. “Chapter 7 Full Protection and Security”. *Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 134.

<sup>467</sup> SCHREUER, CHRISTOPHER. “Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with Others Standards”..., Op. cit., p. 4.

inversionista a que renuncie iniciar acciones legales (incumplimiento de obligación de abstención al condicionar la renegociación), previo a la renegociación de contratos. Ese mismo hecho violentó el Estándar de protección y seguridades plenas, cuando el Estado prohibió o restringió la apelación, revisión de dicha decisión (incumplimiento obligación positiva al no crear o permitir el presentar reclamos o remedios legales).

Esta diferenciación propuesta por el profesor SCHREUER, será difícil de sostener cuando el Estándar de protección y seguridades plenas esté formulado, como una obligación de otorgar seguridad legal. Al ser cada vez más frecuente, el tratar a “la estabilidad del marco legal y comercial del Estado parte [como] un elemento esencial en la valoración del estándar del trato justo y equitativo”<sup>468</sup> o, que el Estado está obligado a proveer un marco legal transparente y predecible<sup>469</sup>. Sí esos elementos son considerados partes esenciales del trato justo y equitativo, la línea divisoria parecía desaparecer.

No debería sorprender y sería hasta cierto punto comprensible en esos casos, el considerar que la violación del trato justo y equitativo, automáticamente es violatoria del Estándar de protección y seguridades plenas. Puesto que, la obligación de seguridad legal requiere que el Estado receptor garantice cierta “cualidad del sistema legal que implica certeza en las normas y, consecuentemente, su aplicación previsible<sup>470</sup>”, siendo en ambas situaciones la falta de certeza lo que vulneraría los dos estándares. Situación que estará marcada por la excepcionalidad, al ser escasos los TI que hablen de seguridad legal.<sup>471</sup>

Para concluir esta sección podríamos decir que hay dos situaciones en las que la interacción del estándar está justificada, y la línea divisoria entre estos dos se hace

---

<sup>468</sup> LG&E vs. Argentina ¶ 125 y Duke Energy vs. Ecuador. ¶ 329.

<sup>469</sup> Occidental v Ecuador, ¶ 185. En una misma línea véase también, el Tribunal TECMED vs. México, CMS vs. Argentina; Azurix vs. Argentina, como los dos tribunales mencionados en la nota al pie número 54.

<sup>470</sup> Siemens v Argentina. ¶ 303.

<sup>471</sup> GUIDITTA CORDERO, MOSS. “Chapter 7 Full Protection and Security”. *Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 134.

bastante tenue. Esto es cuando la misma disposición del TI establece que no se deberá otorgar protecciones y seguridades plenas, sino que requiere que se garantice seguridad legal, como acabamos de mencionar. El segundo caso es cuando el Estándar de protección y seguridades plenas, está contemplado como una emanación o parte del trato justo y equitativo en el mismo texto del TI.

Será en esos casos o situaciones que los tribunales podrían considerar a los dos estándares como uno sólo, o el que un hecho vulnera el estándar de manera simultánea. En las demás situaciones considero que se debe analizar, y determinar con precisión qué hecho, y cómo se vulneró cada estándar analizando el texto del TI aplicable al caso y el contexto en que aparece cada estándar. Caso contrario se parecería que estamos dejando una provisión del TI sin efecto alguno, la distinción dada por SCHREUER es un buen comienzo.

### III. INTERACCIÓN CON LA CLÁUSULA DE PÉRDIDAS EXTRAORDINARIAS

#### 1. INTRODUCCIÓN

Del alcance tradicional del Estándar que como hemos visto está relacionado con la protección física de la inversión y de los inversionistas, obligación que requiere que “el Estado de adopte razonablemente todas las medidas para proteger la seguridad física, de los bienes y activos de amenazas o ataques dirigidos particularmente sobre extranjeros [inversionistas].”<sup>472</sup>

Precisamente esa obligación puede producirse en muchas situaciones en las que el daño físico se origina en acciones armadas, esto hace que la cláusula de

---

<sup>472</sup> G. SACERDOTI, “Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection”, *Recueil des Cours*, Tome 269, 1997, p. 347. En términos muy similares han conceptualizado la Obligación del Estado, los tribunales de los Casos *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*. Dissenting Opinion of Judge ASANTE.; *AMT vs. Zaire, Wena Hotels Limited v Egypt*, ¶ 84. No obstante a nunca circunscribir a protección únicamente física.

protección y seguridades plenas interactúe con el artículo del TI denominad de pérdidas extraordinarias o de conflicto armado, que contempla situaciones en la que los daños se produjeron como consecuencia de “guerra o de otro conflicto armado, revolución, estado nacional de excepción, insurrección, disturbios entre la población u otros acontecimientos similares”<sup>473</sup>. En este contexto, dicha norma vendría a convertirse en “*lex specialis*” cuando nos encontremos en una situación contemplada por la misma; de tal suerte que su análisis sería clave para determinar, sí el Estado adoptó todas las medidas razonables que pudo haber tomado y actuó con debida diligencia en la protección que le brindó al inversionista en este caso.

Podemos observar que esta norma, también interactuará necesariamente con las normas o reglas de Derecho Internacional Humanitario, DIH en adelante; en aquellas situaciones en la que los daños se produzcan en el contexto de un conflicto armado<sup>474</sup>. Sin olvidarnos que este podría, y debería ser considerado en el momento de interpretación del Estándar de protección y seguridades plenas, basándonos en lo dispuesto en el artículo 31(c) de la Convención de Viena que requiere tomar en cuenta todas las normas aplicables entre las partes de Derecho Internacional.

## 2. FORMULACIÓN DE LA CLÁUSULA

Muchos TI contienen, esta cláusula de conflictos armados o pérdidas extraordinarias, cuyo texto representativo normalmente dice algo como esto:

**“(2) Los inversionistas de una Parte Contratante, que sufrieran pérdida en sus inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante, debido a guerra u otro conflicto armado, estado de emergencia nacional, revuelta, insurrección o motín, recibirán en lo que se refiere a**

---

<sup>473</sup> Artículo 3 (3) del Tratado de inversión entre Ecuador y Estados Unidos. Véase *supra* nota 131.

<sup>474</sup> Entiéndase el término conflicto armado en sentido amplio, abarcando guerra, revolución, insurrección.

restitución, indemnización, compensación u otro resarcimiento, un tratamiento no menos favorable que el acordado a sus propios inversionistas o a los inversionistas de un tercer Estado. Los pagos serán libremente transferibles” (Resaltado mío).<sup>475</sup>

### 3. ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA

Este artículo que contienen la mayoría de TI, se refiere a la compensación en situaciones de “guerra o de otro conflicto armado, revolución, estado nacional de excepción, insurrección, disturbios entre la población u otros acontecimientos similares.”<sup>476</sup> Pese a ser una cláusula que se refiere a compensación en situaciones excepcionales como las ya mencionadas, la cláusula no se establece como “motivo para derogar otras (...) [o más bien dicho ninguna] obligación del Tratado-”<sup>477</sup>

A pesar de ser un artículo o disposición que trata el tema de la compensación en situaciones extraordinarias, el texto de la misma no requiere el pago de compensación o establece ninguna guía para medir [o determinar] la compensación. Pero como señala correctamente RIPINSKY, al analizar el tema, esta cláusula exclusivamente se limita a establecer “el derecho para los inversionistas extranjeros a un trato no discriminatorio con respecto a la reparación por las pérdidas sufridas y

---

<sup>475</sup> Artículo IV (2) del Tratado de Inversión entre Ecuador y Cuba. Suscrito el 06/05/1997, Publicado en el Registro Oficial No. 330, de fecha 2 de junio de 1998. Véase *supra* nota 131.

<sup>476</sup> Artículo 3 (3) del Tratado de inversión entre Ecuador y Estados Unidos. Véase *supra* nota 131.

<sup>477</sup> RIPINSKY, S. *Damages in International Investment Law*. British Institute for Internal and Comparative Law. London January 2009. p. 349.

Sobre este mismo punto el Tribunal en el caso de CMS contra Argentina sostuvo que “Este Artículo no excluye la aplicación de los derechos conferidos por el Tratado; más bien por el contrario, asegura que las medidas orientadas a compensar o minimizar las pérdidas no sean aplicadas de una manera discriminatoria” (CMS Gas Transmission Company v Argentina, Award, ICSID Case No ARB/01/8, IIC 6512 May 2005.¶ 175).

Véase también, en términos similares las conclusiones de los tribunales Enron Corporation and Ponderosa Assets v Argentina, Award, ICSID Case No ARB/01/3, IIC 292 22 May 2007 ¶ 321; Sempra Energy International v Argentina, Award and partial dissenting opinion, ICSID Case No ARB/02/16, IIC 304 28 September 2007.¶ 363. ; BG Group Plc. v. The Republic of Argentina.¶ 382.; National Grid v. Argentine Republic, ¶ 253.

no responde la pregunta respecto al “*quantum*” de la compensación por dichas pérdidas”.<sup>478</sup>

Este tipo de cláusula como menciona RIPINSKY, si se analiza de manera aislada, “parecería que (...) no prohíbe al Estado receptor de decidir no pagar compensación alguna por las pérdidas sufridas, siempre y cuando la decisión sea aplicada”<sup>479</sup> sin discriminación a todos los afectados sean estos extranjeros o no.

JIMENEZ DE ARÉCHAGA, parecería ser partidario de dicha interpretación de la cláusula de conflicto armado en el TI, porque para él “las autoridades gubernamentales no son responsables por los daños o pérdidas que surjan de actos efectuados para reprimir la rebelión y tratar de restaurar el orden”<sup>480</sup>, y únicamente su responsabilidad aparecería “de los efectos de la discriminación contra los extranjeros, como por ejemplo, cuando solamente a los nacionales se les reconocer una indemnización”<sup>481</sup>.

Es decir, para ARÉCHAGA la responsabilidad únicamente provendría cuando el Estado vulnere la norma del TI que obliga al Estado a dar un trato nacional o, las mismas condiciones que a los inversionistas de un tercer Estado.

Pero en realidad lo que observamos es que las cláusulas de conflictos armados, no “agregan o restan del derecho a la compensación por pérdidas; únicamente garantizan a los inversionistas que su trato en términos de compensación por esas pérdidas no sea menos favorable”<sup>482</sup> que el trato que otorga o, extiende el Estado receptor a sus inversionistas o, a inversionistas de un tercer Estado.

---

<sup>478</sup> RIPINSKY, S. *Damages in International Investment Law*. Op. Cit., p. 349.

<sup>479</sup> *Ibíd.* p. 349.

<sup>480</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. “Responsabilidad Internacional”. *Manual de Derecho Internacional Público...* Op. Cit., p. 533.

<sup>481</sup> *Ibíd.* p.533.

<sup>482</sup> RIPINSKY, S. *Damages in International Investment Law*. Op. Cit., p. 349.

La interpretación mencionada respecto a la cláusula de conflictos armados, es similar a la alcanzada por los tribunales en los casos contra el Estado Argentino surgidos a raíz de la crisis económica del año 2000.<sup>483</sup>

El Tribunal del caso CMS, por ejemplo, resaltó el propósito del artículo era “establecer un trato mínimo al inversionista en el contexto de las medidas adoptadas, respecto de las pérdidas sufridas en la emergencia, que no sea diferente al otorgado a los nacionales o a otros inversionistas extranjeros”<sup>484</sup>, y que de ninguna manera, “excluye la aplicación de los derechos conferidos por el Tratado”<sup>485</sup> a los inversionistas. Así mismo, el Tribunal del Caso ENRON reafirmó que el objeto del artículo, es “proveer un trato mínimo a las inversiones extranjeras que sufren pérdidas en el Estado receptor gracias a la interacción simultánea del trato nacional y el trato de nación más favorecida”<sup>486</sup>, también remarcaron el hecho de que esta cláusula “no permite la derogación de los derechos bajo el Tratado(...)menos aún puede leerse como una cláusula de escape general a las obligaciones del tratado y así no resulta en una exclusión de ilicitud, responsabilidad y eventual compensación”.<sup>487</sup>

De la misma manera en el caso de National Grid contra Argentina, el Tribunal al analizar el artículo o cláusula de conflictos armados del Tratado Bilateral de Inversión entre Reino Unido y Argentina, fue tajante al considerar que:

“El propósito del artículo (...) no es excluir compensación por las pérdidas surgidas de, entre otras situaciones, emergencias nacionales pero si no el

---

<sup>483</sup> Este es otro de los puntos en los que los tribunales que han analizado los casos del Estado Argentino coinciden, ya que aún en casos divergentes respecto a la interpretación del artículo IX del TBI con Estados Unidos que se refiere a excepciones de seguridad. El Tribunal de caso Continental Casualty Company que exoneró de Responsabilidad al Estado Argentino, interpretó el artículo o cláusula de conflicto armado como una “obligación que requiere el aplicar trato no discriminatorio (de acuerdo ya sea al trato nacional o a los principios de nación más favorecida)” (Continental Casualty Company v. Argentine Republic. Award. ICSID Case No ARB/03/09. September, 5 2008. ¶ 58).

<sup>484</sup> CMS Gas Transmission Company v Argentina, Award, ICSID Case No ARB/01/8, IIC 6512 May 2005. ¶ 175.

<sup>485</sup> *Ibid.* ¶ 175.

<sup>486</sup> Enron v Argentina, ¶ 321.

<sup>487</sup> *Ibid.* ¶ 321. El Tribunal en el caso Sempra, afirma lo mismo en término casi idénticos a los del Tribunal Enron.

contrario. El compromiso de las partes es asegurar que sus respectivos inversionistas no pierdan en dichas situaciones”.<sup>488</sup>

De manera similar se pronunció también el Tribunal en el caso de BG Group Plc., contra Argentina que analizó el mismo tratado, en ese caso el Tribunal sostuvo que:

“El artículo 4 del TBI no hace más que asegurar que el Estado no trata a los inversionistas extranjeros de manera menos favorable que sus propios inversionistas o inversionistas de un tercer Estado respecto a la “*restitución, indemnización, compensación o otro arreglo*” (...) El artículo 4 del TBI, se establece como una expresión específica del trato nacional y del estándar de nación más favorecida, en relación con la compensación de las pérdidas resultantes de ciertas acciones. El artículo 4 meramente se refiere a situaciones donde los nacionales del Estado receptor son (...) compensados [por las pérdidas producidas en las situaciones por este contempladas] (...) La responsabilidad y la compensación son así expresamente exigibles, no excusados [o exoneradas]”.<sup>489</sup>

### 3.1.1.1 LA PARTICULARIDAD DE LOS TBI'S O TI DEL REINO UNIDO

Sí bien es cierto que la gran mayoría de cláusulas de conflictos armados, no contienen una formulación o referencia alguna en su texto sobre el pago de compensación por las pérdidas que se producen en las situaciones en ellas contempladas. Encontramos una excepción a esto, en los TBI del Reino Unido<sup>490</sup> en

<sup>488</sup>National Grid v. Argentine Republic. ¶ 253.

<sup>489</sup>BG Group v. The Republic of Argentina. ¶ 382.

<sup>490</sup> Los Tratados de Inversión de Francia al parecer contendrían una disposición similar aunque en dicho Tratado parecería condicionarse la compensación a los casos en que se haya declarado el “estado de emergencia nacional”, para recibir “una indemnización justa y adecuada por las pérdidas que hayan sufrido, debido a los acontecimientos señalados” (Artículo 6 (2) del Tratado de inversión entre Francia y Ecuador, suscrito el 07/09/1994 y publicado en el Registro Oficial No. 778, de

los cuales este artículo tiene una segunda disposición que “requiere de compensación adecuada por cierto tipo de pérdidas.”<sup>491</sup>

Una norma de este tipo la encontramos en el Artículo 4 (2) del Tratado de inversión entre el Reino Unido y Ecuador cuyo texto dice:

“(2) Sin perjuicio del numeral (1) de este artículo, **los nacionales y compañías de una Parte Contratante que en cualquiera de las situaciones mencionadas en dicho numeral sufren pérdidas en el territorio de la otra Parte Contratante causadas por:**

- (a) **Requisición de la propiedad por sus fuerzas o autoridades, o**
- (b) **Destrucción de la propiedad por sus fuerzas o autoridades, que no sea causada en acción de combate o que no haya sido necesaria debido a la situación,**

**Recibirán una restitución o compensación adecuada en divisas de libre conversión. Los pagos resultantes serán libremente transferibles”** (Resaltado mío).

La inclusión de esta norma, o de una norma de este tipo ha llevado a pensar a algunos árbitros que cuando se produzcan los daños en las situaciones contempladas por la misma, el Estado no estará en obligación de reparar los mismos.

En su opinión disidente de la mayoría en el caso de AAP contra Sri Lanka, SAMUEL ASANTE, afirmó que la norma del artículo 4(1) del Tratado de inversión entre el Reino Unido y Sri Lanka contenía las normas gobernando la responsabilidad del Estado receptor respecto de los daños, o pérdidas ocasionados en disturbios sociales, y los efectos de su aplicación era el excluir la obligación de compensar

---

fecha 11 de septiembre de 1995). Véase *supra* nota 131.

<sup>491</sup> RIPINSKY, S. *Damages in International Investment Law*. Op. Cit., 349. En este sentido, Artículo 4(2) del Tratado de inversión entre Reino Unido y Ecuador contiene dicha formulación que dice “una restitución o compensación adecuada en divisas de libre conversión”. Suscrito el 10/05/1994 y publicado en el Registro Oficial No. 778, de fecha 11 de septiembre de 1995. Véase *supra* nota 131.

cuando las inversiones sufren daños producto de una situación contemplada en dicha norma<sup>492</sup>.

ASANTE en su opinión disidente indica correctamente que el artículo de pérdidas en situaciones extraordinarias, no contiene “obligación sustantiva del Estado receptor de pagar compensación”<sup>493</sup>; sin embargo, él interpreta esta obligación de extender las mismas condiciones a los inversionistas extranjeros que a los inversionistas nacionales o inversionistas de un tercer Estado, como equivalente a que “no tiene lugar el pago de compensación a menos que se haya establecido que el Estado receptor hay provisto o emprenda”<sup>494</sup> el restituir, compensar o cualquier otra medidas a dichos inversionistas.

El problema con dicho análisis, es que omite considerar que al no establecer o fijar la misma norma la obligación de compensar, restituir o reparar; por más que dicha norma sea “*lex specialis*”, como ya tuvimos ocasión de mencionar la costumbre no queda desplazada de manera total. Sino que esta continúa aplicándose de manera residual, por lo que serán las normas consuetudinarias las que establecerán si dicha obligación existe o no.

Por eso, ASANTE habría confundido en su opinión disidente el principio general de que la responsabilidad del Estado no se presume “con la presunción no debatible que una vez que es admitido que el gobierno tenía una poderosa obligación soberana de iniciar una operación militar para recuperar el control (...) las modalidades de la operación militar deben estar bajo su exclusiva discreción.”<sup>495</sup>

Desconociendo que en ningún Estado de emergencia o excepción, se permite derogar todos los derechos, protecciones y seguridades, mucho menos los principios consuetudinarios del derecho de guerra que establecen el marco mínimo que una

---

<sup>492</sup> AAPL v. Sri Lanka (ICSID/ARB/87/3) Dissenting Opinion of Samuel K.B. ASANTE, *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*. p. 581. Disponible en: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC677\\_En&caseId=C140](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC677_En&caseId=C140); consultado por última vez, el 18 de octubre de 2009.

<sup>493</sup> *Ibid.* p. 581.

<sup>494</sup> *Ibid.* p. 583.

<sup>495</sup> BARNIGDE, R. *The Due Diligence Principle Under International Law...*, Op. Cit., p. 55.

acción militar debe tener; más aún podría resultar problemático que la opinión disidente de ASANTE sea “construida (...) para justificar un “cheque en blanco” a los Estados cuando combaten la insurgencia. El Derecho Internacional no acepta más que la Corona no puede causar daño”.<sup>496</sup>

En este caso, como señaló correctamente la opinión de la mayoría del Tribunal en APP contra Sri Lanka, el Estado debe pagar o compensar si se establece que no actuó de una manera diligente, conforme lo establece la costumbre internacional. Sin negar que bajo las normas del derecho internacional consuetudinario como regla general de Responsabilidad del Estado, éste no sea responsable por los daños que se ocasionan en guerras, conflictos armados, insurrección, disturbios internos, entre otras.

Más aún todavía, la opinión disidente de ASANTE, si bien aplica el principio de “*lex specialis*” entre el Estándar de protección y seguridades plenas al considerar que la cláusula de conflicto armado o pérdidas extraordinarias contiene, normas más especiales, este no aplica dicho principio a su conclusión lógica. Es decir, no hace los análisis necesarios de las normas pertinentes de DIH para juzgar la actuación del Estado.

Parecería ser que el método preferible en estas situaciones es el que adoptó la mayoría del Tribunal en el caso APP, porque sin desconocer el deber que tiene el Estado de tomar todas las medidas necesarias para asegurar su seguridad, reconoce que no posee discrecionalidad ilimitada, al hacerlo.

Además, como el mismo juez HUBER sostuvo con absoluta contundencia, el deber de actuar con la debida diligencia no desaparece para el Estado aún cuando este no sea responsable por la actuación de turbas o en casos de violencia o motines, ya que:

“la no responsabilidad de ningún modo excluye el deber de emplear cierta vigilancia. Si el Estado no es responsable de las actividades revolucionarias en

---

<sup>496</sup> *Ibid.* p. 55-56.

sí, puede no obstante ser por los pasos dados, o no dados, por sus propias autoridades para tratar hasta donde fuese posible, de evitar sus consecuencias.”<sup>497</sup>

Recientemente el Tribunal del caso LESI y otros, tuvo que analizar la aplicación de la cláusula de conflicto armado, y al analizar la interacción con la norma que concede protección y seguridad plenas sostuvo que:

Las dos normas “previando niveles de protección a las inversiones diferentes, no puede ser aplicadas cumulativamente. Tanto la estructura interna del artículo (...) invitan a que el Tribunal Arbitral determine que la intención de los Estados contratantes en el momento de la conclusión del Tratado Bilateral era hacer de (...) [la cláusula de conflicto armado] (...) una regla especial que contraviene a la regla general (protección y seguridades plenas) (...) con el fin de permitirles a los Estados contratantes **ser liberados de su obligación de protección y seguridades plenas en caso de guerra, conflicto armado, de revolución de estado nacional o de rebelión.**”<sup>498</sup> (Resaltado mío).

Sobre la interpretación de este Tribunal vemos como parece distanciarse de la posición que adoptó el Tribunal del Caso APP contra Sri Lanka, puesto que éste último sostuvo que las dos normas se podían aplicar simultáneamente o acumulativamente de los estándares previstos por las dos cláusulas.<sup>499</sup> El Tribunal parece haber seguido la opinión disidente de ASANTE, que caracterizó al artículo de conflicto armado como “*lex specialis*”, que desplaza la aplicación de protección y seguridades plenas.

Ahora bien, el problema con la posición de este tribunal, y de la opinión disidente de ASANTE es que caracterizan o interpretan el efecto de “*lex specialis*”

---

<sup>497</sup> Aparece en JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. “Responsabilidad Internacional”. *Manual de Derecho Internacional Público*. Op.Cit., p.532.

<sup>498</sup> L.E.S.I p.A. et ASTALDI S.p.A c/ Republique Algérienne Démocratique et Populaire CIRDI No. ARB/05/3. 12 novembre 2008.¶ 174.

<sup>499</sup> *Ibid.* ¶ 174.

como que desplaza absolutamente el resto de normas<sup>500</sup> (incluyendo la costumbre internacional) y que se aplica de manera aislada. Esto si nos remontamos a lo sostenido la sección de “*lex specialis*”, parecería incorrecto ya que ni en los casos en que el principio de “*lex specialis*” opera como derogación a las normas generales, estas desaparecen, sino se mantienen con una aplicación residual.

Igualmente, si analizamos la cláusula de conflictos armados contenida en los TI cuyo texto se limita a requerir trato nacional y más favorable entre otros inversionistas, tendríamos el caso de “*lex specialis*” como aplicación elaboración de la ley general. Estos equivale a que la norma debe interpretarse, suplementarse para poder ser aplicada, para definir los términos que en el texto no aparecen definidos.

Adicionalmente, se debe considerar que la norma es “*lex specialis*” frente a la obligación de protección y seguridades plenas, mas no frente a otras normas como son las normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario.

Debido a esta caracterización del conflicto “*lex specialis*” es que el Tribunal afirma, que la norma tiene como efecto:

“aminorar sustancialmente el nivel de protección del inversor, sin embargo deben ser interpretados estrictamente. El artículo 4.5 contempla sólo los siguientes casos la guerra u otro conflicto armado, revolución, estado nacional y la rebelión sobrevenidos sobre el territorio del Estado contratante”.<sup>501</sup>

Precisamente, si es necesario realizar una interpretación estricta como señala el Tribunal de los términos o situaciones contempladas por el artículo, estos requieren que se aplique la “*lex specialis*” para cada uno de ellos, como lo hizo la CIJ en la opinión consultiva sobre el Uso de Armas Nucleares en la que aplicó las normas de DIH para interpretar, o poder definir las obligaciones de los Estados en esa situación.

---

<sup>500</sup> *Ibid.* ¶ 177.

<sup>501</sup> *Ibid.* ¶ 175.

A pesar de la interpretación realizada por este tribunal, acerca de la cláusula de conflicto armado; en este caso en particular el resultado no hubiera variado porque Argelia empleó, y tomó amplias una serie de medidas de seguridad, para proteger a la inversión y al inversionista en una zona azotada por un conflicto armado interno. Medidas que consistieron en enviar policías, militares, tanques y realizar operativos especiales entre otros; de ahí, que no se pueda considerar que el Estado no actuó con suficiencia o el cuidado debido.

Concluyendo esta sección, podría decirse que la cláusula de conflicto armado operaría como *lex specialis* frente al Estándar de protección y seguridades plenas, cuando nos encontremos en una de las situaciones contempladas en ella. También, debemos mencionar que mayoritariamente la jurisprudencia arbitral; ha sido categórica en afirmar que la cláusula no exime al Estado de las obligaciones surgidas por el TI, sino que asegura “el derecho para los inversionistas extranjeros a un trato no discriminatorio con respecto a la reparación por las pérdidas sufridas.”<sup>502</sup> Por lo que el Estado todavía estará requerido a actuar con la debida diligencia, y en caso de que no lo haga tendría que pagar la compensación por dichas pérdidas.

---

<sup>502</sup> RIPINSKY, S. *Damages in Internacional Investment Law*. Op. Cit., p. 349.

## CONCLUSIONES

- En cuanto a la interpretación que han dado los tribunales arbitrales del estándar de protección y seguridades plenas, estos han sostenido de manera consistente que el Estándar de protección y seguridades plenas, crea una obligación de actuar con la debida diligencia, para tomar medidas razonables bajo las circunstancias de cada caso, con el fin de proteger la inversión y al inversionista<sup>503</sup>.
- El estándar de protección y seguridades plenas es una obligación de medios del Estado que requiere que tome todas las medidas, acciones a su alcance para proteger al inversionista y su inversión, sin que se genere su responsabilidad si a pesar de eso se produjo un daño. Esto es igual a requerir que se demuestre, o pruebe algo más al simple daño como es que el accionar estatal no fue diligente.

---

<sup>503</sup> En este sentido véase las conclusiones de los tribunales de *AMT v Zaire*, *Azurix v Argentina*, *Wena Hotels Limited v Egypt*, ¶ 82.; *Tecmed SA v México*, ¶ 177; *Saluka v Czech Republic*, ¶ 484, *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v Egypt* ¶ 446; *Biwater Gauff v Tanzania*, ¶ 725, *Noble Ventures v Romania*, ¶ 164, entre otros.

- En el cumplimiento de la obligación de otorgar protección y seguridades plenas, el Estado goza de un margen de apreciación para poder actuar y decidir qué tipo de medidas tomará, para asegurar la protección al inversionista.
- Respecto al alcance del Estándar de protección y seguridades plenas, puede decirse que este tiene un alcance bien definido, que obliga al Estado a garantizar la protección física de la inversión y del inversionista, empleando para ello sus poderes de policía.
- Como emanación directa de su deber de brindar protección física, el Estado deberá asegurar la disponibilidad de su sistema judicial o administrativo para investigar, sancionar a los responsables de los ataques contra el inversionista o su inversión.
- Adicionalmente, el alcance del Estándar de protección y seguridades plenas no se limitará exclusivamente a protección física, por las siguientes razones:
  - Primero: los TI garantizan y confieren protección a inversiones físicas e intangibles por igual, sin distinguir el tipo de inversión que recibe las protecciones.
  - Segundo: el texto mismo del Estándar de protección y seguridades plenas no limita su ámbito de operación a interferencias o violencia física,<sup>504</sup> limitación que se vuelve aún más difícil de sostenerse cuando el texto del TI requiere que el Estado otorgue seguridad legal a la inversión, o aparece como una elaboración del estándar de trato justo y equitativo.

---

<sup>504</sup> Exceptuando el Modelo de Tratado Bilateral de Inversión del Año 2004 de Estados Unidos, en lo que se aclara que el nivel de protección y seguridades plenas no será mayor al nivel de protección policial requerido bajo el derecho consuetudinario internacional. Artículo 5(2) b del Tratado Bilateral de Inversión Estados Unidos- Uruguay. Disponible en: <http://www.bilaterals.org/IMG/pdf/US-UruguayBIT.pdf>; consultado por última vez, 20 de noviembre de 2009.

- Tercero: la jurisprudencia internacional ha reconocido reiteradamente que el Estándar puede ser vulnerado a través de actos en los cuales la seguridad física del inversionista no se comprometida. Como sería el en los casos de intimidación, acoso, hostigamiento, desalojos no violentos, deportaciones entre otros.
- Cuarto: el Estándar de protección y seguridades plenas requiere que el Estado ponga a disposición, su sistema judicial y administrativo para que el inversionista pueda perseguir o buscar protección para sus derechos, cualesquiera que estos sean.
- Quinto: el confinar el alcance de la protección y seguridades plenas a casos de violencia física privaría de efecto al Estándar de protección y seguridades plenas en los diferentes TI, al aceptarse cada vez más que el trato justo y equitativo contiene al menos las protecciones del estándar mínimo internacional. De ahí que una cláusula general de trato justo y equitativo haría redundante e innecesaria a la obligación de protección y seguridades plenas, al incluir la protección y seguridades como parte del estándar mínimo internacional.<sup>505</sup>
- Sexto: los Tribunales que han limitado el alcance del Estándar de protección y seguridades plenas a protección física, lo han hecho apoyándose en decisiones previas que trataron únicamente con situaciones de violencia física o destrucción, pero no porque han encontrado una diferencia “conceptual entre la protección bienes tangibles (...) y bienes intangibles [o inmateriales]”<sup>506</sup>. Por lo tanto, la

---

<sup>505</sup> NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment...*, Op. Cit., p. 296.

<sup>506</sup> MENDENHALL. J. “Fair Treatment of Intellectual Property Rights Under Bilateral Investment Treaties”..., Op. Cit., p. 11

limitación del alcance del estándar obedecería más a una “aplicación excesivamente rígida de precedente[s].”<sup>507</sup>

- Finalmente, podemos observar que el Estándar de protección y seguridades plenas, no tiene una limitación “*a priori*” que lo restrinja a protección exclusivamente física. Por lo que debe aplicarse e interpretarse partiendo de la formulación que consta en el TI, tomando en cuenta los hechos de cada caso, el tipo de bien protegido por el TI.

---

<sup>507</sup> *Ibíd.* p. 11. Sólo basta ver en este sentido la decisión del Tribunal Saluka v Czech Republic, BG Grop v Argentine Republic y Rumeli Telekom que siguen esta aplicación excesivamente rígida de antecedentes jurisprudenciales, sin atender al caso en particular o al tipo de vulneraciones que las partes alegaron en cada caso. Dicho sea de paso, esto sirve también, para contrarrestar el argumento de que en el arbitraje de inversiones no existe uniformidad en las decisiones.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1. Instrumentos Internacionales<sup>508</sup>

- Tratado de Bilateral de Inversión entre Ecuador – Estados Unidos
- Tratado de Bilateral de Inversión Ecuador- Venezuela
- Tratado de Bilateral de Inversión Ecuador Canadá
- Tratado de Bilateral de Inversión Ecuador- Francia.
- Tratado de Bilateral de Inversión República Checa y Holanda.
- Tratado de Bilateral de Inversión entre Francia y Argentina
- Tratado de Bilateral de Inversión Ecuador y Rumania
- Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969
- Convenio CIADI
- Tratado Bilateral de Inversión Ecuador- Cuba
- Tratado de Bilateral de Inversión entre Ecuador y Rumania
- Tratado de Libre Comercio de América del Norte
- North America Free Trade Agreement

### 2. Informes y Resoluciones

- Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. Comentarios al artículo 55, “Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por los hechos internacionalmente ilícitos”, *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, QUINCUAGÉSIMO sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10).

---

<sup>508</sup> Los Tratados Bilaterales de Inversión del Ecuador fueron consultados en Codificación y Recopilación del Régimen de Derecho Internacional Privado. FUNCION LEGISLATIVA. CODIFICACION2005-012. TOMO I. Publicada en el Suplemento al Registro Oficial del 25 de Noviembre de 2005, No. 153.

- Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. A/CN.4/L.68213 de abril de 2006. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Fragmentación del Derecho Internacional: Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional. KOSKENNIEMI, M. 58º período de sesiones Ginebra, 1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006
- Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. “Segundo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho Internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas)”. Preparado por Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial. Repartido en el 51º período de sesiones Ginebra, 3 de mayo a 23 de julio de 1999 A/CN.4/501
- Directorate for Financial and Enterprise Affairs. “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”. *Working Paper on International Investment Number 2004/3*
- UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid- 1990 's.* (1998)
- UNCTAD. “Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking del 2007”. *Publicación Número UNCTAD/ITE/ILA/2007/3.*

### 3. Jurisprudencia de Cortes y Tribunales Internacionales

- AAP v. Sri Lanka, Award, 27 June 1990, 4 ICSID Reports 250
- Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. los Estados Unidos de América) (fondo del asunto), I.C.J. Reports 1986,
- ADF Group Inc v United States, Award, ICSID Case No ARB(AF)/00/1, IIC 02 (2003) 9 January 2003
- AES Corporation v Argentina, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/17, IIC 04(2005) 26 April 2005.

- American Manufacturing & Trading Inc v Zaire, Award Opinion, ICSID Case No ARB/93/1, IIC 14 (1997) 21 February 1997
- AMOCO International Finance Corporation c. el Irán, Irán-U.S. C.T.R., 1987-II vol. 15
- Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v Sri Lanka, Award and Dissenting Opinion, ICSID Case No ARB/87/3, IIC 18 (1990) 27 June 1999
- Azurix Corp v Argentina, Laudo, ICSID Case No ARB/01/12, IIC 24 (2006) 14 Julio 2006.
- BG Group v Argentine Republic. UNCITRAL Arbitration, Final Award, 24 December 2008
- Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v Tanzania, Award and Concurring & Dissenting Opinion, ICSID Case No ARB/05/22; IIC 330 (2008) 18 July 2008
- Caso Del S.S Wimbledon (1923) Permanent Court of Justice Ser. A, No. 1
- CIJ, Caso Estados Unidos vs. Irán. International Court of Justice, Reports of judgments, advisory opinions, and orders (The Hague, 1980)
- CME Czech Republic BV v Czech Republic, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 61 (2001) 13 September 2001.
- CMS Gas Transmission Company v Argentina, Award, ICSID Case No ARB/01/8, IIC 65(2005) 12 May 2005.
- Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A., c. República Argentina, CIADI Caso No. ARB/97/3, 20 de Agosto del 2007.
- Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v Argentina, Decision on Annulment, ICSID Case No ARB/97/3, IIC 70 (2002) 3 July 2002.
- Continental Casualty Company v. Argentine Republic. Award. ICSID Case No ARB/03/09. September, 5 2008

- Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4
- Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006(Fondo, Reparaciones y Costas).
- Decisión del Comité Ad Hoc Sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina en el caso CMS Gas Transmission Company contra la República Argentina. Caso CIADI No. ARB/01/8.25 de septiembre de 2007.
- Elettronica Sicula SpA (ELSI), United States v Italy, Judgment, Merits, (1989) ICJ Rep 15; ICGJ 95 (ICJ 1989)
- Enron Corporation and Ponderosa Assets v Argentina, Award, ICSID Case No ARB/01/3, IIC 292 (2007) 22 May 2007
- Enron Corporation and Ponderosa Assets v Argentina, Award, ICSID Case No ARB/01/3, IIC 292 22 May 2007
- Eureko BV v Poland, Partial Award and Dissenting Opinion, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 98 (2005) 19 August 2005
- GAMI Investments Inc v Mexico, Final Award, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC15 November 2004 109 (2004).
- Gas Natural SDG SA v Argentina, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/10, IIC115 (2005) 17 June 2005
- Genin, Eastern Credit Ltd. Inc. and AS Baltoil v. Republic of Estonia, Award, 25 June 2001, 6 ICSID Reports241
- Jan de Nul NV and Dredging International NV v Egypt, Award, ICSID Case No ARB/04/13; IIC 356 (2008) 24 October 2008.
- Japan- Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS11/AB/R, Report of the Appellate Body (Oct. 4, 1996)
- L.E.S.I p.A. et ASTALDI S.p.A c/ Republique Algérienne Démocratique et Populaire CIRDI No. ARB/05/3. 12 novembre 2008

- *Lauder v Czech Republic*, Final Award, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 205(2001) 3 September 2001.
- *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, Opinión consultiva I.C.J. Reports 1996,
- *Libya v. Chad*, ICJ Reports (1994)
- *Kasilikili/Sedudu Island (Bostwana/Namibia)*, ICJ Reports (1999)
- *Metalclad v. Mexico*, Award, 30 August 2000, 5 ICSID Reports 212
- *Middle East Cement v. Egypt*, Award, 12 April 2002, 7 ICSID Reports 178
- *Mondev International LTD v. United States of America*, ICSID Case No. ARB (AF)/99/2 (Award) (11 October, 2002).
- *MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v Chile*, Decision on Annulment, ICSID Case No ARB/01/7, IIC 177 (2007) 16 February 2007
- *National Grid P.L.C., v. Argentine Republic*. UNCITRAL Arbitration, Award, November 3, 2008
- *National Grid Plc v Argentina*, Decision on Jurisdiction, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 178 (2006) 20 June 2006
- *Noble Ventures Inc v Romania*, Award, ICSID Case No ARB/01/11, IIC 179 (2005) 12 October 2005.
- *Occidental Exploration and Production Company v Ecuador*, Award, LCIA Case No UN3467, IIC 202 (2004) 1 July 2004.
- *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v The Republic of Albania*, Award, ICSID Case No ARB/07/21, 30 July 2009
- *Plama Consortium Ltd v Bulgaria*, Award, ICSID Case No ARB/03/24; IIC 338 (2008) 27 August 2008.
- *PSEG Global Inc and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v Turkey*, Award and Annex, ICSID Case No ARB/02/5, IIC 198 (2007) 19 January 2007.

- ROMPETROL GROUP N.V. contra ROMANIA .Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility (ICSID Case No. ARB/06/3).
- Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri AS v Kazakhstan, ICSID Case No ARB/05/16; IIC 344 (2008) 21 July 2008.
- Saluka Investments BV v Czech Republic, Partial Award, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 210 (2006) 17 March 2006.
- Santa Elena v. Costa Rica, Award, 17 February 2000, 5 ICSID Reports 157
- Sempra Energy International v Argentina, Award, ICSID Case No ARB/02/16, IIC 304 (2007) 28 September 2007.
- Siemens AG v Argentina, Award and Separate Opinion, ICSID Case No ARB/02/8, IIC 227(2007) 6 February 2007
- Técnicas Medioambientales Tecmed SA v México, Laudo, ICSID Case No ARB (AF)/00/2, IIC247 (2003) 29 de Mayo de 2003
- TSA SPECTRUM DE ARGENTINA S.A. LA REPÚBLICA ARGENTINA Caso CIADI No ARB/05/5
- Turquía - Restricciones a las importaciones de productos textiles y prendas de vestir, WT/DS34/R, 31 de mayo de 1999,
- United States – Standards for Reformulated Gasoline, WT/DS2/9, Report of the Appellate Body (May 20, 1996), at 23
- Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v Egypt, Award, ICSID Case No ARB/05/15; IIC 374 (2009)
- Wena Hotels Limited v Egypt, Award, ICSID Case No ARB/98/4, IIC 273 (2000) 8 December 2000
- Wena v. Egypt, Annulment Decision, 5 February 2002, 6 ICSID Reports 129.

#### 4. Doctrina

- A MANN. "British Treaties for the promotion and Protection of Investments", 52 *The British Year Book of International Law* 241, 244 (1981).
- AUST, A. *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge University Press; Second Edition, November 5, 2007.
- BARNIGDE, R. "State's Due Diligence Obligation with regard to International Non-State Terrorist Organizations Post-11 September 2001: the Heavy Burden that States must bear." *Irish Studies in International Affairs*, Vol. 16 (2005).
- BARNIGDE, R. *The Due Diligence Principle under International Law*. Disponible en <http://ssm.com/abstract=1156773>; Consultado por última vez el 15 de Octubre de 2009.
- BISHOP, DOAK ET. All. *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary*. Editorial Kluwer Law International.
- BROWER, C. & BRUESCHKE, J. *The Iran- United States Claims Tribunal*. Kluwer International Law. First Edition, the Hague the Netherlands.
- BROWNLIE, IAN. *Principles of Public International Law*. Sixth Edition. Oxford, Oxford University press, 2003.
- C. MCLACHLAN Y L. SHORE, Y M. WEINIGER, *International Investment Arbitration. Substantive Principles*. Oxford University Press, 2007.
- CHENG, B. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, Grotius Classic Reprint Series*. Cambridge University Press; First Edition November 2, 2006.
- CORDERO MOSS, "Chapter 7 Full Protection and Security". *Standards of Treatment*, Edited by AUGUST REINISCH, OXFORD University Press 2008.
- CRAWFORD, J. *Treaty and Contract in Investment Arbitration*. The 22nd Freshfields Lecture on International Arbitration London, 29 November 2007.

- DOLZER AND M. STEVENS *in Bilateral Investment Treaties*, ICSID, 1995.
- DOLZER, R AND SCHREUER, C. *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press.
- GALLUS, N. "The Influence of the Host State's Level of Development on International Investment Treaty Standards of Protection". *Transnational Dispute Management*, Vol. 3, Issue 5; December 2006. Disponible en [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com), consultado por última vez 15 Octubre de 2009.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. Responsabilidad Internacional. Manual de Derecho Internacional Público. Editado por, SORENSEN MAX. Fondo De Cultura Económica, México. Quinta Reimpresión, 1994.
- KATIA YANNACA-SMALL. "Chapter 6 Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments". *Standards of Treatment*, Edited by AUGUST REINISCH, OXFORD University Press 2008.
- KURTZ, J. "Adjudging the Exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis". *Jean Monnet Working Paper 06/08*.
- LAMMERS, J. G., *Pollution of International Watercourses* .La Haya, Martinus Nijhoff, 1984.
- MENDENHALL. J. "Fair Treatment of Intellectual Property Rights Under Bilateral Investment Treaties". *Transnational Dispute Management*, Vol. 6. Issue 2, August 2009 Disponible en [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com), consultado por última vez 30 octubre de 2009.
- NEWCOMBE, A Y PARADELL, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Published by Kluwer Law International February 28, 2009.
- PARRA, A. "Applicable Law in Investor- State Arbitration". *Transnational Dispute Management*, Vol.6, Issue 1, Marzo. 2009, p.5., Disponible en

[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com) Consultado por última vez 30 de Noviembre de 2009.

- RIPINSKY, S. *Damages in International Investment Law*. British Institute for International and Comparative Law, London, January 2009.
- SACERDOTI, G., *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, Recueil des Cours, Tomé 269, 1997.
- SCHILL, S. & BRIESE, R. ““If the State Considers””: Self-judging Clauses in International Dispute Settlement”. *Max Plank Yearbook of United Nations Law, Volume, 13, 2009*.
- SCHREUER, C. “Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with other Standards”. Aparece en *Transnational Dispute Management, Vol.4*. Consultado el 18 de enero del 2009 en la página <http://www.transnational-dispute-management.com/>.
- SCHREUER. “Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration”. *Transnational Dispute Management, Vol.3* , 2006 . Consultado el 18 de enero del 2009 en la página <http://www.transnational-dispute-management.com/>.
- SCHWEBEL, S.M. “May Preparatory work be used to correct rather than confirm the “clear” meaning of a treaty provision”. *Transnational Dispute Management. Vol. 2- issue 5, Noviembre de 2005*. Disponible en [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com), revisado por última vez el 2 de octubre de 2009.
- SHAW, M. *International Law*. Cambridge University Press, Fifth Edition, 2003.
- SINCLAIR, IAN. *The Vienna Convention on the Law of Treaties*. Second Edition, 1984.