OPINION CONCURRENTE DEL SR. ARTHUR W. ROVINE SOBRE CUESTIONES RELATIVAS A LOS DERECHOS INDEPENDIENTES DE LOS INVERSIONISTAS, PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA Y CONTRAMEDIDAS

Adjunto la presente opinión concurrente, que se concentra en las cuestiones relativas a los derechos independientes de los inversionistas, protección diplomática y contramedidas porque, con el mayor de los respetos por mis colegas y sus puntos de vista sobre el caso de autos, considero importante manifestar con claridad que conforme al derecho internacional consuetudinario y a los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional, las contramedidas no pueden eliminar, prevalecer sobre o suspender los derechos de los inversionistas bajo el TLCAN a resarcimiento legal, en el evento que tales contramedidas constituyan una violación del Capítulo 11, independientemente de que esos derechos se consideren directos y sustantivos o derivados y adjetivos. En mi opinión, los derechos del inversionista bajo el TLCAN a obtener resarcimiento legal por actos ilícitos cometidos son sustantivos, pero, en definitiva, la manera de caracterizarlos no reviste importancia alguna. A mi juicio, es el inversionista y no el Estado, el titular del derecho de obtener reparación que concedel Capítulo XI, y, en las circunstancias del presente caso, conforme al derecho internacional consuetudinario y el TLCAN, ese derecho no puede ser suspendido ni eliminado por contramedidas tomadas contra el Estado del inversionista.

En el presente caso, el Tribunal ha concluido que la defensa adoptada por el Demandado relativa a la contramedida es improcedente por razones de inducción y proporcionalidad. No obstante, aunque el laudo no lo dice en forma explícita, el análisis de la cuestión relativa a los derechos independientes efectuado por la mayoría del Tribunal da a entender, o sugiere, que si se hubiera concluido que el impuesto a la fructuosa constituía una contramedida adecuada dirigida contra el Gobierno de los Estados Unidos, dicho impuesto habría suspendido o abrogado los derechos de las Demandantes a obtener indemnización por daños y perjuicios en virtud de los Artículos 1102 y 1106, pese la conclusión a la que llegó el Tribunal de que el impuesto constituía una violación de dichos artículos por parte del Demandado. Considero importante tratar de rebatir cualquier sugerencia en ese sentido.

Al abordar esta cuestión, la mayoría del Tribunal declara lo siguiente: "[...] el Tribunal considera que la posición del Demandado se ajusta a la estructura tradicional del derecho internacional, así como al objeto y propósito del Capítulo XI. La posición del Demandado es correcta en el sentido de que la Sección A del Capítulo XI establece obligaciones sustantivas de aplicación entre los Estados, sin establecer derechos individuales para las Demandantes"[1].

Asimismo, según la mayoría del Tribunal, "[...] los inversionistas amparados por el TLCAN tienen, en virtud de la Sección B, el derecho procesal de accionar frente al

---

[1] Laudo, pág. 57, párrafo 168.

Estado receptor, instando un procedimiento arbitral, cuando el Estado haya incumplido las obligaciones contenidas en la Sección A del Capítulo XI"[2].

Adicionalmente, según la mayoría del Tribunal, "[e] l Capítulo XI no establece derechos individuales sustantivos para los inversionistas, sino únicamente normas de aplicación entre los Estados relativas a la promoción y protección de la inversión extranjera, complementando el régimen que para la propiedad privada extranjera prevé la costumbre internacional"[3]. Para la mayoría del Tribunal, un inversionista es "el titular de un derecho secundario" que está "facult[ado para] iniciar el procedimiento de arbitraje internacional conforme a la Sección B, convir[tiendo] al inversor en titular de un derecho procesal, *independientemente de que ese derecho pueda ser suspendido por las partes en el TLCAN*"[4]

Comparto la opinión de que en el Capítulo XI se "establece[n] [...] normas de aplicación entre los Estados relativas a la promoción y protección de la inversión extranjera, complementando el régimen que para la propiedad privada extranjera prevé la costumbre internacional". Pero, si bien estoy de acuerdo con las conclusiones del Tribunal en cuanto a responsabilidad y daños en este caso, discrepo con mis colegas en lo referente a los derechos individuales de los inversionistas del TLCAN al amparo del Capítulo XI, protección diplomática, y a las consecuencias de sus apreciaciones en cuanto

---

2 Laudo, pág. 64, párrafo 173.

3 Laudo, pág. 63, párrafo 171.

4 Laudo, pág. 66, párrafo 177; la cursiva es mía.

a la posible suspensión o abrogación de los derechos del inversionista bajo el TLCAN mediante la adopción de contramedidas. De ahí la presente opinión concurrente.

El derecho internacional consuetudinario, los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional y las contramedidas.

1. Tal como observa el Tribunal, un argumento central de la defensa del Demandado en el presente caso es que el impuesto a la fructuosa, aunque se considerara violatorio de los Artículos 1102, 1106 y 1110 del Capítulo XI, constituye una contramedida autorizada por el derecho internacional consuetudinario e impuesta en respuesta a supuestas violaciones del Capítulo XX por parte de los Estados Unidos. Así pues, según sostiene el Demandado, su aplicación no genera responsabilidad internacional. En este contexto, la mayoría del Tribunal ha hecho referencia a los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[5].

2. No existe consenso generalizado acerca de si los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional y sus respectivos comentarios constituyen reformulaciones precisas del derecho internacional consuetudinario, y de ser así, en qué medida y hasta qué punto representan un desarrollo progresivo del derecho internacional. Sin embargo, a los efectos del presente caso y teniendo en cuenta la opinión coincidente de las partes de que las cuestiones relativas a inducción y a derechos individuales forman parte de los requisitos para la adopción de contramedidas como defensa (aunque no existe acuerdo mutuo entre ellas sobre la cuestión relativa al alcance de los derechos individuales),

---

5 Laudo, pág. 49, párrafo 125.

considero que el Artículo 49 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional y sus respectivos comentarios, así como otros artículos y comentarios relacionados con las contramedidas, constituyen una expresión autorizada del derecho internacional consuetudinario sobre al menos un tema: el de las contramedidas[6].

3. En los párrafos 1 y 2 del Artículo 49 se dispone lo siguiente:

> 1. El Estado lesionado solamente podrá tomar contramedidas contra el Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito con el objeto de inducirlo a cumplir las obligaciones que le incumban en virtud de lo dispuesto en la segunda parte[7].
>
> 2. Las contramedidas se limitarán al incumplimiento temporario de las obligaciones internacionales que el Estado que toma tales medidas tiene con el Estado responsable.

4. Cabe destacar que, si bien no consta en el laudo del Tribunal, el comentario de la CDI al Artículo 49, párrafo 5, establece que las contramedidas "pueden afectar incidentalmente la posición de terceros Estados u otro tipo de terceros" siempre y cuando dichos terceros "no tengan ningún derecho individual en el asunto". El comentario al Artículo 22 presenta un tenor similar, al disponer que "los efectos indirectos o las consecuencias que las contramedidas puedan tener para los terceros, que no impliquen el incumplimiento independiente de cualquier obligación con dichos

---

6 Véase Caron, David D., "The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship between Form and Authority", 96 *The American Journal of International Law* 857-873 (2002). Caron afirma que "los árbitros y otros encargados de la toma de decisiones a quienes están dirigidos los artículos (sobre todo los primeros) suelen otorgar demasiada autoridad (y, por ende, influencia) a los artículos" (pág. 858), y que éstos "no forman parte de un tratado, por lo cual [...] resulta inapropiado abordarlos como si lo integraran" (pág. 868). Asimismo señala: "[r]econociendo que los artículos de la CDI no constituyen en sí mismos una fuente de derecho es fundamental, porque a mi juicio de otro modo los árbitros pueden ceder con demasiada facilidad y sin espíritu crítico a la tentación de usarlos", y cita como ejemplo la práctica del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unid os (pág. 867).

7 La segunda parte se titula "Contenido de la responsabilidad internacional del Estado".

terceros, no excluirán una contramedida del ámbito de aplicación del Artículo 22"[8].. En los Artículos no se hace distinción alguna entre derechos procesales, que puedan ser desplazados por contramedidas, y derechos sustantivos, con los que no ocurra lo mismo. Tampoco se distingue entre derechos directos y derechos "derivados". En el comentario al Artículo 49, párrafo 1, también se establece que "[l]as contramedidas no están destinadas a ser un mecanismo de castigo de la conducta ilícita, sino un instrumento que permita lograr el cumplimiento"[9].

5. Las Demandantes se valen del comentario al Artículo 49 relativo a los terceros y sostienen —a mi juicio, acertadamente— que en su calidad de terceros poseen derechos de inversionistas privados, emanados del TLCAN, que no pueden ser revocados ni suspendidos válidamente por contramedidas que el Demandado afirma haber tomado contra el Gobierno de los Estados Unidos por supuestas violaciones del Capítulo XX. El Demandado no argumentó que el Artículo 49 y su respectivo comentario fueran reformulaciones incorrectas del derecho internacional consuetudinario, ni que no debieran utilizarse como parámetro orientador en el presente caso[10]. Sin embargo, hace mucho mayor hincapié que las Demandantes en que las contramedidas tomadas en el marco del derecho internacional consuetudinario pueden, válidamente, afectar

---

[8] El Artículo 22 establece que "[l]a ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional suya para con otro Estado queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida tomada contra ese otro Estado de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo II de la tercera parte".

[9] Artículos de la CDI, pág. 284.

[10] El Demandado sostiene que "Las demandantes reconocen que los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la CDI son 'un intento por describir el derecho internacional consuetudinario'". Así, pues, la frase "las demandantes reconocen" podría indicar que las partes han alcanzado un cierto grado de acuerdo sobre la aplicación, en el presente caso, del Artículo 49, como uno de los Artículos y su respectivo comentario. Véase escrito de dúplica, pág. 40, párrafo 164, nota al pie 159.

desfavorablemente a los intereses de los terceros, y que en todo caso las Demandantes, en opinión del Demandado, no poseían derechos de terceros en el marco del TLCAN que no pudieran ser suspendidos o cancelados por el impuesto a la fructuosa.

6. En su escrito de dúplica, el Demandado definió su visión de los límites de las contramedidas afirmando lo siguiente:

> El derecho internacional otorga a México ciertos derechos en caso de violación a un tratado por otro Estado. Tales derechos aplican a lo largo y ancho del tratado, sujeto a los requisitos mínimos para la adopción de contramedidas (por ejemplo, que sean proporcionales, que no violen derechos humanos o las reglas del *ius cogens*, etc.), e incluyen el derecho de suspender la aplicación de cualquier disposición del TLCAN. Eso es lo que México decidió hacer[11].

7. Existe, por lo tanto, una considerable diferencia entre las partes en cuanto a los tipos de derechos de terceros que pueden verse afectados por contramedidas. El comentario de la CDI al Artículo 49 se refiere a "derechos individuales en el asunto" y el comentario 22, a los considerables efectos que tienen para los terceros las contramedidas "que no impliquen el incumplimiento independiente de cualquier obligación frente a dichos terceros…". Estas disposiciones reflejan la existencia de límites a la imposición de contramedidas que son mucho más estrictos que los aducidos por el Demandado.

8. Análogamente, en la audiencia, el Demandado manifestó lo siguiente con respecto a los derechos de terceros: "[R]econocemos que, si las Demandantes tienen derechos humanos en virtud del Capítulo XI —es decir, derechos totalmente independientes de los Estados Unidos— y, por lo tanto, la legalidad de nuestro trato personal con ellas no se encuentra afectada por nada que tenga que ver con la diferencia relativa a los edulcorantes, se puede, antes que nada, dirimir esa cuestión, pero, por

---

[11] Escrito de dúplica, pág. 41, párrafo 171. El subrayado es mío.

razones ya determinadas, se trata de una posición insostenible, sencillamente insostenible"[12]

9. No obstante, el Demandado no ha citado a ninguna autoridad en la materia, y yo no he sabido de ninguna, que apoye la propuesta de que, en el marco del derecho internacional consuetudinario de las contramedidas, los derechos de los terceros inversionistas a iniciar reclamaciones y obtener indemnización por daños y perjuicios al amparo de acuerdos regionales de protección del inversionista, como el TLCAN, puedan ser suspendidos o cancelados por contramedidas dirigidas al Estado del inversionista. Ello no figura en los comentarios a los Artículos 49 y 22; tampoco figura que los inversionistas comprendidos en tratados regionales u otros tratados de inversión no tengan derechos directos en calidad de terceros.

10. Si bien el Demandado no impugnó el derecho de las Demandantes a presentar y fundamentar aquí su reclamación, sostuvo categóricamente que las Demandantes no tenían derecho a obtener indemnización por daños y perjuicios, ni siquiera mediando resolución del Tribunal en la que se establece que el Demandado violó uno o más de los siguientes artículos del Capítulo XI: 1102, 1106 y 1110, precisamente debido al impuesto, cuya derogación fue ordenada por la OMC, y descrito como una contramedida dictada en contra los Estados Unidos. En suma, de acuerdo con las Demandantes, si el Gobierno de los Estados Unidos hubiera faltado al cumplimiento de las obligaciones que le impone el Capítulo XX, sobre comercio y solución de controversias, México podría, por ejemplo, expropiar sin indemnización a las

---

[12] Transcripción, pág. 1320.

Demandantes sus inversiones en el país, adoptando una medida que, en otra circunstancia, habría constituido una violación del Capítulo XI.

11. Además de los Artículos 49 y 22 y sus respectivos comentarios, el Artículo 50 de los Artículos de la CDI establece que las contramedidas "no afectarán" ciertas obligaciones básicas en el marco del derecho internacional, entre ellas la de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, enunciada en la Carta de las Naciones Unidas; "obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales"; obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias, y otras obligaciones que emanan de normas imperativas del derecho internacional general. El comentario al Artículo 50(1)(b) sobre derechos humanos fundamentales hace referencia a varios tratados de derechos humanos[13]. En el comentario al Artículo 40 también se señala que algunos tratados de derechos humanos tienen carácter imperativo o expresan normas imperativas[14]. Sin embargo, ni el Artículo 50 y su comentario ni los Artículos y los comentarios en general definen "los derechos humanos fundamentales" como el límite básico de las contramedidas. En ninguna parte se afirma ni se da a entender que las contramedidas puedan dejar sin efecto cualquier otro derecho de terceros.

12. Asimismo, en el párrafo 2 del Artículo 33 se dispone que "[l]a presente parte se entiende sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado". En el párrafo 4 del comentario al Artículo 33 se establece, entre otras cosas, lo siguiente:

---

13 Pág. 289, nota al pie 803.

14 Pág. 246, párrafo 5.

> En los casos en los que el destinatario de la obligación es una entidad no estatal, puede suceder que haya disponible algún procedimiento por el cual dicha entidad pueda invocar la responsabilidad por su propia cuenta y sin la intermediación de ningún Estado. Esto es cierto, por ejemplo, en el marco de los tratados de derechos humanos que otorgan a los individuos afectados el derecho de peticionar ante un tribunal u otro cuerpo colegiado. *También es cierto en el caso de los derechos emanados de los acuerdos bilaterales o regionales de protección de inversiones*[15].

13. Los términos clave del Artículo 33 y su comentario se refieren a "cualquier derecho" y a "una persona o [...] una entidad distinta de un Estado", lo que debe interpretarse como derechos individuales al amparo de "tratados regionales de protección de las inversiones", entre los cuales quedaría incluido el TLCAN. No obstante, en el comentario al Artículo 33 se aclara que se trata de posibilidades y que "corresponderá[n] a la norma primaria en cuestión":

> Corresponderá a la norma primaria en cuestión determinar si personas o entidades distintas del Estado tienen derecho a invocar la responsabilidad por cuenta propia y, de ser así, en qué medida. El párrafo 2 sólo se limita a reconocer la posibilidad, de ahí la frase "que [...] pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado"[16].

14. En vista de lo antedicho, considero que, en cuanto expresión del derecho internacional consuetudinario, las categorías de derechos de terceros que no pueden ser dejadas sin efecto por las contramedidas no excluyen, como cuestión de derecho internacional consuetudinario, los derechos de los inversionistas a presentar reclamaciones y obtener indemnización por daños y perjuicios al amparo de un acuerdo regional de protección de las inversiones como el TLCAN, pero sí pueden incluir los

---

15 Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2005, pág. 210. La cursiva es mía.

16 *Ídem.*

derechos de los inversionistas establecidos en dichos acuerdos. Más adelante, en el párrafo 42 y subsiguientes, abordo el tema de la inclusión de esos derechos para los inversionistas amparados por el TLCAN.

15. Tal como señala el Tribunal, si bien las presentaciones escritas de las partes diferían en muchos sentidos con respecto a las cuestiones surgidas en este contexto, durante las audiencias las Demandantes sostuvieron, sin que mediara objeción alguna del Demandado, que para que prosperara su defensa basada en la adopción de una contramedida, el Demandado debía demostrar, entre otras cosas, que el impuesto no menoscababa los derechos sustantivos de las Demandantes, a pesar de que la visión del Demandado sobre los derechos sustantivos individuales que podían recibir protección contra las contramedidas era más estrecha que la sostenida por las Demandantes.

16. Desde una perspectiva general, y al margen de las alegaciones de incumplimiento por parte de los Estados Unidos, las Demandantes están en lo cierto al afirmar que el Tribunal, en virtud del derecho internacional consuetudinario, "es competente para determinar que el uso de contramedidas por parte de México es un tema que excluye la ilegalidad de su conducta y excluye, por lo tanto, la responsabilidad internacional"[17]. Este punto acabó no siendo objeto de controversia entre las partes. No obstante, resulta obvio que el Tribunal también es competente para concluir lo contrario, es decir que (al margen de las alegaciones de incumplimiento por parte de los Estados Unidos) el uso de contramedidas en el marco del derecho internacional consuetudinario

---

[17] *Ídem.* El Demandado sugirió que, en su análisis de la defensa basada en la adopción de la contramedida, el Tribunal podría "apreciar", si no determinar formalmente, que los Estados Unidos habían cometido violaciones del Capítulo XX. Sin embargo, el Tribunal —a mi entender, acertadamente— no consideró apropiado emitir juicios ni expresar opinión acerca de las alegaciones de violación de dicho capítulo, aun dejando de lado el hecho de que el Gobierno de los Estados Unidos no es parte en este caso.

por parte de México no fue apropiado, o no constituyó una verdadera contramedida, por lo que no excluye la ilegalidad ni la responsabilidad internacional.

La cuestión de los derechos individuales y la protección diplomática en el marco del TLCAN

17. En sus manifestaciones acerca de la defensa basada en la adopción de contramedidas, el Demandado sostiene que las normas de derecho internacional consuetudinario que rigen el instituto de la protección diplomática[18] son aplicables al TLCAN y que las obligaciones sustantivas emanadas de dicho tratado, incluidas las establecidas en el Capítulo XI, son obligaciones que cada parte en el TLCAN ha asumido en relación con las otras partes, pero *únicamente* con ellas. La mayoría del Tribunal está de acuerdo en esa posición. Según el Demandado, por el contrario, a los inversionistas se les ha otorgado un derecho de acción y el derecho de obtener indemnización por daños y perjuicios, pero dichos derechos son "derivados"[19], no entrañan ni implican derechos sustantivos y, por lo tanto, pueden ser suspendidos o cancelados por contramedidas, aun en el caso de que las contramedidas del Demandado implicaran el incumplimiento de obligaciones establecidas en los Artículos 1102, 1106 y 1110. El Demandado sostiene que "El derecho que tiene deriva de los derechos de Estados Unidos frente a México y las

---

[18] En el caso sobre la línea ferroviaria Panevezys-Saldutiskis (Estonia c. Lithuania), 1939 PCIJ (ser. A/B) No. 76, 16 (fallo de febrero de 1928), la Corte Permanente de Justicia Internacional declaró que la protección diplomática implica una acción en el marco del derecho internacional público en la que "al hacerse cargo del caso de uno de sus nacionales, al recurrir a la acción diplomática o a los procedimientos judiciales internacionales en su nombre, en realidad un Estado está haciendo valer su propio derecho, el derecho de asegurar, en la persona de sus nacionales, el respeto por las normas de derecho internacional".

[19] Escrito de dúplica, pág. 61, párrafo 184. El Demandado niega que las Demandantes tengan "derechos individuales", en virtud del comentario al Artículo 49. *Ídem*.

obligaciones de México frente Estados Unidos, no a las Demandantes"[20]. En ese marco, según las Demandantes, los derechos "adjetivos" y "derivados" de que gozan los inversionistas en virtud del TLCAN podrían ser dejados sin efecto por contramedidas aun en los casos en que se determinara que éstas violan el Capítulo XI.

18. El Demandado sostiene que resulta "necesario distinguir procedimiento de sustancia" y que las Demandantes "obtienen derechos y obligaciones individuales del resultado de los procedimientos [del Capítulo XI], derechos a obtener indemnización por daños y perjuicios, obligaciones de pagar costos y cosas de ese género"[21]. Afirma, sin embargo, que incluso según esta postura la posición procesal de las Demandantes al amparo del Capítulo XI "no es irrevocable", citando el acuerdo sobre madera blanda celebrado entre los Estados Unidos y Canadá, en el cual se suspendieron los derechos de los inversionistas a iniciar procesos al amparo del Capítulo XI.

19. La mayoría del Tribunal y el Demandado incluyeron citas de presentaciones realizadas por los Estados Unidos y Canadá al amparo del Artículo 1128 en arbitrajes entre inversionistas y Estados y en procesos judiciales, así como la réplica de los Estados Unidos en el caso *Loewen* y el laudo dictado en dicho caso, para apoyar la posición que adopta el Demandado en el presente caso, según la cual los inversionistas no tienen derechos sustantivos directos contra los tres Estados partes en el TLCAN.

20. Cabe mencionar que en ninguna de las presentaciones escritas citadas por la mayoría del Tribunal o el Demandado se aborda la cuestión de las contramedidas. Ninguno de esos casos giraba en torno a estas últimas. Ninguno abordaba una cuestión fundamental del presente caso: la de determinar si una contramedida adoptada contra el

---

20 Escrito de dúplica, pág. 61, párrafo 184.

21 Transcripción, págs. 191 y 192.

Estado de un inversionista puede dejar sin efecto el derecho de este último de obtener resarcimiento (ya sea que ese derecho revista carácter sustantivo o adjetivo, directo o derivado) por violaciones de los Artículos 1102, 1106 o 1110 cometidas por el Estado que impone la contramedida. Ni los Estados Unidos ni Canadá han expresado su visión del tema y éste tampoco ha sido abordado en los casos del TLCAN resueltos hasta la fecha. Desafortunadamente, ni Canadá ni los Estados Unidos realizaron presentaciones en el presente caso, con arreglo al Artículo 1128, a pesar de las invitaciones a actuar en ese sentido formuladas por el Tribunal a ambos gobiernos.

21. En el presente caso, la cuestión de los derechos individuales de los inversionistas en el marco del TLCAN aparece estrechamente vinculada con la cuestión de si los Estados partes en ese tratado aspiraban a que las normas consuetudinarias de protección diplomática se aplicaran al TLCAN, y de ser así en qué medida. Desde el punto de vista del Demandado, ello es crucial, pues si se aplican dichas normas los inversionistas no tienen derecho sustantivo alguno contra los Estados partes en el TLCAN, sino más bien un derecho "derivado" a exigir el cumplimiento de los derechos de su Estado parte de origen ante el Estado parte demandado. Sus derechos no pertenecen a ellos, sino a sus Estados.

22. Aun así, como es de público conocimiento, mucho antes del TLCAN el sistema jurídico internacional había puesto en marcha estructuras y procesos que otorgaban derechos a los inversionistas y les permitían accionar directamente contra los gobiernos, por propia iniciativa, para proteger sus propios intereses como inversionistas antes que los de su Estado de origen, y hacerlo independientemente de este último.

23. El sistema de derechos del inversionista individual no reemplazó al mecanismo de protección diplomática, sino que redujo su alcance. Instrumentos tales

como los tratados entre Estados, tanto bilaterales como multilaterales, y los acuerdos entre Estados y particulares, brindaron un dinámico marco legal de protección del inversionista, que difería en muchos sentidos de ciertas normas de protección diplomática. Este aspecto clave de la evolución del derecho internacional de protección del inversionista formó parte de un enfoque respaldado por muchos gobiernos, que celebraron cada vez más acuerdos de protección de inversiones, y recibió luego el reconocimiento de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Ésta, en 1970, expresó lo siguiente con respecto a los acuerdos concluidos entre inversionistas privados y Estados:

> Así pues, en el actual contexto jurídico, la protección de los accionistas exige que éstos puedan invocar disposiciones de tratados o acuerdos especiales concluidos directamente entre el inversionista privado y el Estado en que se realice la inversión. Es cada vez más frecuente que los Estados brinden este tipo de protección, tanto en las relaciones bilaterales como multilaterales, mediante instrumentos especiales o en el marco de acuerdos económicos más amplios. En verdad, desde la Segunda Guerra Mundial la protección de las inversiones privadas ha registrado un desarrollo considerable mediante la celebración de acuerdos multilaterales o bilaterales entre Estados, o de acuerdos entre Estados y empresas. Los instrumentos en cuestión incluyen disposiciones relativas a la jurisdicción y al procedimiento en caso de controversias sobre el trato dispensado por los Estados a empresas inversionistas en que éstas invierten capital. *En algunos casos, a las propias empresas se les otorga un derecho directo a defender sus intereses contra los Estados mediante procedimientos establecidos*[22].

24. En 1994, el juez Stephen Schwebel, a la sazón juez de la Corte Internacional de Justicia (de la que luego llegaría a ser presidente), escribía lo siguiente acerca del pasaje anterior de la sentencia de *Barcelona Traction*:

---

22 *Barcelona Traction, Light & Power Co.* Sentencia, ICJ Reports 1970, págs. 3 y 47. La cursiva es mía.

> Me parece que una posible lectura del pasaje anterior es que, cuando a una empresa "se le otorga un derecho directo" a defender sus intereses contra un Estado "mediante procedimientos establecidos", dichos procedimientos abarcan el derecho directo de la empresa de invocar el derecho internacional en defensa de sus intereses. Resulta ciertamente difícil sostener lo contrario. No tendría mucho sentido que los Estados concluyeran tratados como el Convenio del CIADI o la Declaración de Argel, en que se previera la intervención del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, y celebraran contratos con extranjeros previendo el arbitraje exclusivo de las controversias derivadas de ellos, y al mismo tiempo se considerara que han privado a los reclamantes y empresas extranjeras que desempeñan un papel fundamental en dichos procesos de la posibilidad de recurrir directamente al derecho internacional para sostener sus reclamaciones[23].

El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos

25. El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, establecido en el marco de los Acuerdos de Argel de 1980 entre los Estados Unidos e Irán, constituye un paso importante en el desarrollo de la protección del inversionista contra el Estado. Es un claro ejemplo de una institución en que los inversionistas tienen derechos directos a exigir el cumplimiento de las obligaciones del Estado parte sin celebrar ellos mismos un contrato, y en que no se aplica la institución de protección diplomática y adopción de la reclamación por parte del Estado. El Tribunal, que se encuentra en actividad desde 1981, tiene competencia para entender en casos presentados por inversionistas contra los dos gobiernos (la gran mayoría de las reclamaciones ante el Tribunal fueron realizadas por inversionistas de los Estados Unidos contra el Gobierno de Irán), y en casos entre los dos gobiernos y casos que requieran la interpretación de los Acuerdos de Argel. El Tribunal

---

23 Schwebel, Stephen M., *Justice in International Law* (Cambridge University Press, 1994), pág. 211.

reconoce que los inversionistas gozan de derechos sustantivos individuales contra Irán y los Estados Unidos, según el caso, y que cualquiera de esos dos países, en otra categoría de casos, tiene derecho a accionar contra el otro. En ambas categorías de casos, Irán y los Estados Unidos tienen obligaciones sustantivas, cuyo incumplimiento tendrá como resultado la condena del infractor a indemnizar los daños y perjuicios, o el uso de otro tipo de remedio jurídico.

26. En su jurisprudencia, el Tribunal declaró en dos oportunidades inaplicables las normas de derecho internacional consuetudinario relativas a la protección diplomática, y estableció que cada uno de los inversionistas estadounidenses en Irán tenía derechos individuales para presentar reclamaciones contra Irán. Las reglas y prácticas del Tribunal demuestran asimismo que los inversionistas tienen derecho a obtener un resarcimiento legal en caso de incumplimiento de las obligaciones del Estado parte, sin la intervención del Gobierno de los Estados Unidos o de Irán[24]. En resumen, los inversionistas fueron los beneficiarios del régimen establecido por tratado entre los Estados Unidos e Irán.

27. En los documentos constitutivos, y según la estructura y la práctica del Tribunal, existen varios indicios de inaplicabilidad de algunas de las reglas fundamentales del derecho internacional consuetudinario de la protección diplomática.

---

24 En los casos de doble nacionalidad (*Dual Nationality Cases*) (1984), Irán sostuvo que la protección diplomática se aplicaba a casos presentados por inversionistas ante el Tribunal. El Tribunal en pleno afirmó que "la mayoría de las controversias [ante él planteadas] implicaba la participación de una parte privada, por un lado, y una entidad controlada por el Estado, por el otro". El Tribunal estableció que "[e]l objeto y propósito de las Declaraciones de Argel era resolver la crisis que amenazaba las relaciones entre Irán y los Estados Unidos, y no extender la protección diplomática en el sentido normal". 5 *Iran-U.S. C.T.R.* 261 (1983). Asimismo, en el Caso A/21 (1987), el Tribunal en pleno observó que sus "laudos [...] reconocen de manera uniforme que, en los casos que éste tiene ante sí, no guardan relación con situaciones en que los Estados Unidos hacen suyas las reclamaciones". 14 *Iran-U.S. C.T.R.* 324, 330 (1987, Vol. I).

En lo que se refiere al TLCAN, el lenguaje de la Declaración sobre arreglo de diferencias no sugiere en absoluto que los gobiernos hubieran de presentar reclamaciones en nombre de sus nacionales o que los inversionistas estuvieran haciendo cumplir derechos de sus estados de origen. Antes bien, el Artículo II (1) de la Declaración sobre arreglo de diferencias otorga al Tribunal competencia para entender en las "reclamaciones de nacionales de los Estados Unidos y de Irán". Las Demandantes, sin intervención del gobierno, decidieron si correspondía o no presentar y fundamentar reclamaciones en su propio nombre a fin de exigir el cumplimiento de las obligaciones del Estado parte, y sin tener que observar ningún requisito de aplicación general relativo al agotamiento de los remedios locales. Las Demandantes, que lograron demostrar a un panel del Tribunal en pleno la existencia de una reclamación válida originada en contratos, deudas, expropiación de activos u otras medidas que afectaran derechos de propiedad[25], recibieron indemnización por daños y perjuicios u otro resarcimiento directamente, sin tener que acudir a los gobiernos para realizar el cobro.

CIADI, TCE, TBI y derechos del inversionista

28. Otros ejemplos claros y conocidos de instituciones que prevén los derechos de los inversionistas a exigir el cumplimiento de obligaciones del Estado parte presentando reclamos en su propio nombre son el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y el Tratado sobre la Carta de la Energía. En 2004, al escribir acerca del CIADI y la protección diplomática, Lucy Reed, Jan Paulsson y Nigel Blackaby señalaban:

---

25 Declaración sobre arreglo de diferencias, Artículo II (1), 1 *Iran.-U.S. C.T.R* (1981-1982), pág. 9.

> Uno de los principales obstáculos a la inversión extranjera en los países en desarrollo ha sido la percepción de los inversionistas de que, en caso de conflicto con el Estado receptor, no dispondrían de un remedio legal eficaz. Los inversionistas ya no pueden confiar con realismo en que sus propios gobiernos hayan de respaldar sus reclamaciones, al menos con rapidez y eficacia, siguiendo los cauces tradicionales de la protección diplomática. Temen ser objeto de discriminación en los tribunales locales si actúan solos contra el Estado receptor.
>
> Para ayudar a resolver este inconveniente, el Banco Mundial creó un foro especial destinado al arbitraje de diferencias relativas a inversiones[26].

29. Los autores hacen referencia a la proliferación, en todo el mundo, de tratados bilaterales de inversión (TBI) en que se habla de los derechos de los inversionistas y de las obligaciones del Estado receptor:

> En términos generales, cada Estado parte en un TBI se compromete a brindar a los inversionistas del otro Estado ciertos mecanismos mínimos de protección sustantiva, incluido el derecho a un trato justo y equitativo y el derecho a ser indemnizado por expropiación, y está de acuerdo en que dichos inversionistas pueden iniciar directamente procedimientos de arbitraje del CIADI (u otra modalidad convenida de arbitraje internacional) contra dicho Estado para obtener una reparación por violaciones a las normas de protección contenidas en el TBI[27].

30. Uno de los objetivos fundamentales del TLCAN y del sistema de tratados bilaterales de inversión consiste, precisamente, en lograr que los Estados partes se desvinculen de decisiones clave relativas a las iniciativas en curso sobre protección de los inversionistas y faculten a éstos para adoptar dichas decisiones en forma directa, estableciendo al mismo tiempo un sistema de obligaciones cuyo cumplimiento esté a cargo de los inversionistas. El desarrollo del TLCAN y los TBI se logró mediante el

---

[26] Lucy Reed, Jan Paulsson, Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration* (Kluwer Law International, 2004), pág. ix.

[27] *Ídem*, págs. x y xi.

ejercicio, por parte de los gobiernos en cuestión, de su poder de celebrar tratados. En ejercicio de las potestades originadas en tratados, los gobiernos otorgaron a los inversionistas mecanismos de protección y remedios jurídicos clave para el caso de incumplimiento de los Estados partes, incluso en calidad de terceros beneficiarios, pues como se ha observado, el sistema de protección diplomática no funcionaba particularmente bien. Tal como señaló Paulsson, el mecanismo de protección diplomática

> demostró ser ineficaz para proteger los intereses comerciales en el contexto de la actividad económica internacional contemporánea. Los Estados demandados se exasperan cuando otro Estado les exige que defiendan la legitimidad de sus actos. Al mismo tiempo, los ministros extranjeros suelen dar muestras de incomodidad y reticencia cuando se trata de asumir la carga de presentar reclamaciones formuladas por sus nacionales[28].

31. Otros expertos en derecho e inversiones internacionales coinciden en que las estructuras del TLCAN y los TBI otorgan mecanismos de protección sustantiva a los inversionistas, lo que permite generar inversiones en los países receptores y ayuda a regularizar los sistemas de protección de los inversionistas de una manera que el mecanismo de protección diplomática no podría igualar. Según Charles N. Brower y Lee Steven, "no deberían perderse de vista las razones por las cuales las partes en el TLCAN decidieron originalmente negociar el Capítulo XI de dicho tratado, que crea mecanismos de protección sustantiva en materia de inversión cuyo cumplimiento puede ser exigido,

---

28 "Arbitration Without Privity", 10 *ICSID Rev.*- F.I.L.J. 232, 255-256 (1995).

en procedimientos de arbitraje, por los individuos directamente afectados por cualquier violación de dichos mecanismos"[29]. Brower y Steven agregan:

> conferir a personas naturales privadas legitimación procesal para demandar al Estado ante un tribunal internacional no era el único medio del que disponían las partes en el TLCAN. Consistente con la práctica internacional, las partes podrían haber recurrido a la protección diplomática, exigiendo al gobierno de cada país del TLCAN que hiciera suyas las reclamaciones de sus nacionales. Alternativamente, podrían haber exigido que las reclamaciones presentadas en el marco del Capítulo XI se sustanciaran en los tribunales nacionales de los tres países del TLCAN. Ninguna de estas alternativas, sin embargo, se ajustaría a la finalidad del Capítulo XI en la medida en que lo hace el procedimiento de arbitraje entre el inversionista y el Estado[30].

32. Aquí la expresión clave es "las partes podrían haber recurrido a la protección diplomática, exigiendo al gobierno de cada país del TLCAN que hiciera suyas las reclamaciones de sus nacionales". Pero no lo hicieron, sino que recurrieron a un sistema diferente y mejor: el del Capítulo XI, que permitió crear obligaciones sustantivas para los Estados partes y otorgar a los inversionistas derechos de resarcimiento, sustantivos o adjetivos, para que pudieran exigir el cumplimiento de dichas obligaciones de los Estados partes, derechos que han de invocar, por propia iniciativa, los inversionistas[31], no sus gobiernos, e independientemente de las preferencias que éstos pudieran tener en el asunto.

---

29 Brower, Charles N. y Lee, Steven, "Who Then Should Judge?: Developing the International Rule of Law under NAFTA Chapter 11", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 2, No. 1, pág. 195 (2001).

30 *Ídem*, párrafo 196.

31 Acerca de la protección diplomática, Brower y Steven sostienen lo siguiente:

"Un sistema que tiene su origen en la protección diplomática —producto de la conveniencia que, es dable observar, se remonta a una época en que el orden jurídico internacional no reconocía al individuo la facultad de invocar el derecho internacional— hace recaer sobre el gobierno del

33. El profesor Jack Coe se expresa en términos similares:

> El Capítulo XI se aleja notablemente del modelo tradicional de adopción de reclamaciones de nacionales. Hasta cierto punto, una entidad privada, que normalmente no goza de personería jurídica internacional, puede presentar su propia reclamación por violación del derecho internacional, prerrogativa que no está supeditada a que el Estado del inversionista haga suya la reclamación. El hecho de que los Estados prefieran desvincularse de la práctica episódica de hacer suyas las reclamaciones y alienten a otros Estados a hacer otro tanto refleja diversas inquietudes prácticas y relacionadas con políticas. Puede sostenerse que la disminución de los incentivos para invertir en el extranjero se debe a remedios que dependen totalmente de la discreción del Estado de origen y que dan lugar a una reparación tan sólo parcial[32].

34. En consonancia con la opinión generalizada, Todd Weiler escribe:

> En el contexto de los TBI y los regímenes multilaterales de protección de las inversiones, como el Capítulo XI del TLCAN y el Artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía, los individuos gozan de una serie de derechos que protegen sus intereses comerciales, y disponen de un mecanismo directo para defenderlos[33].

35. Y añade lo siguiente:

---

inversionista la carga y los costos de llevar adelante una controversia relativa a inversiones, proceso que puede resultar sumamente ineficiente, arbitrario y políticamente explosivo: ineficiente porque los gobiernos se ven presionados para llevar adelante, o al menos investigar, gran número de reclamaciones temerarias, que no se formularían si la responsabilidad y los costos del proceso recayeran sobre los inversionistas individuales; arbitrario porque las exigencias relacionadas con el tiempo, el dinero, las prioridades políticas y los caprichos de ciertos burócratas pueden llevar a un gobierno a quitar entidad, o incluso dejar de lado reclamaciones dignas de reconocimiento, y políticamente explosivo porque una gran desventaja de la protección diplomática es que enfrenta entre sí a dos Estados en un escenario destinado, por naturaleza, a la confrontación y en el que, una vez abierto el caso, los funcionarios de gobierno no pueden dar signos de indiferencia ante los intereses de sus nacionales" *Ídem*, págs. 196 y 197.

32 Coe, Jack, "The Mandate of Chapter 11 Tribunals – Jurisdiction and Related Questions", Capítulo 10. en *NAFTA, Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects*, T. Weiler, comp., Transnational Publishers, Inc, (2004), pág. 218.

33 Weiler, Todd, comp., *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects*, Transnational Publishers, Inc., 2004, pág. 22.

> El Capítulo XI del TLCAN ha proporcionado a los actores individuales de la economía una vía directa de resarcimiento frente a la violación de un conjunto de derechos internacionales específicos que cada día adquieren más fuerza y coherencia. En esa actividad, es posible que asistamos a un cambio de paradigma, pasando de un orden jurídico internacional generado e implementado por los Estados a un orden que reconozca los derechos y libertades cuasiconstitucionales de los actores individuales de la economía frente al Estado[34].

36. Asimismo, el Artículo 24 del modelo de TBI (de 2004) de los Estados Unidos autoriza a las Demandantes a someter a arbitraje "en su propio nombre" una reclamación según la cual el Demandado ha incumplido "una obligación en el marco de los Artículos 3 a 10, inclusive", una autorización para invertir o un acuerdo de inversión. Al igual que con el TLCAN, nada indica que las Demandantes estén haciendo cumplir los derechos del Estado. El lenguaje utilizado es significativo al hacer referencia al incumplimiento de una "obligación" del Estado parte frente al inversionista. No hay ninguna referencia a derechos de los Estados partes, derechos procesales o derechos derivados. En ningún momento se menciona la protección diplomática consistente en que el Estado haga suyas las reclamaciones. No hay indicación alguna de que los Estados estén protegiendo a sus nacionales. Antes bien, los nacionales se están protegiendo a sí mismos al invocar su derecho a recurrir a arbitraje, en el marco de los tratados, a fin de exigir el cumplimiento de las obligaciones que el Estado parte tiene con ellos.

Convención de las Naciones Unidas de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras

37. Otros acuerdos internacionales de gran importancia otorgan a particulares y a empresas derechos directos contra los Estados partes aunque sólo estos últimos

---

[34] *Ídem*, pág. 4.

participen en los acuerdos. El instrumento fundamental y más significativo en el ámbito del arbitraje comercial internacional —la Convención de las Naciones Unidas de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras[35]— es además un tratado multilateral que crea derechos para particulares y empresas, en este caso para quienes pretenden exigir el cumplimiento de los acuerdos internacionales de arbitraje y de los laudos arbitrales extranjeros. Aunque solamente los Estados pueden ser partes en la Convención, en ésta se dispone que los particulares y las empresas tienen derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones emanadas de la Convención y asumidas por cualquiera de los Estados partes. Por ejemplo, con respecto al cumplimiento de los acuerdos de arbitraje, el Artículo II (1) de la Convención establece lo siguiente:

> Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá un acuerdo escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

38. La frase "las partes" contenida en el Artículo II(1) de la Convención, al igual que en todo el texto de ésta, incluye a las partes privadas. Éstas, si lo desean y conforme a los requisitos establecidos en la Convención, pueden exigir el cumplimiento de las obligaciones de reconocimiento y cumplimiento asumidas por los Estados partes. En la Convención nada indica que se trate de meros derechos "adjetivos" o "derivados", que los Estados partes sólo tengan obligaciones de reconocimiento y cumplimiento de obligaciones unos con otros, o que sean aplicables las normas consuetudinarias de protección diplomática.

---

35 un.arbitration.recognition.and.enforcement.convention.new.york.1958.lm3

Tratados sobre derechos humanos

39. También corresponde hacer referencia a los tratados sobre derechos humanos que, naturalmente, difieren en aspectos significativos del Capítulo XI y de los TBIs, no obstante lo cual son ejemplos adicionales de reconocimiento directo de derechos humanos por tratados, que han de aplicarse contra los Estados Partes de dichos instrumentos. Malcolm Shaw señala:

> Desde entonces [desde los años veinte] en una amplia gama de otros tratados se ha establecido que las personas naturales poseen derechos en forma directa y se les ha concedido acceso directo a cortes y tribunales internacionales. Cabe mencionar como ejemplos el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950; los tratados de las Comunidades Europeas de 1957; la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, y el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones de 1965[36].

40. Merece destacarse que los dos últimos instrumentos citados por Shaw en el párrafo que antecede, en que se establece que "las personas naturales poseen derechos en forma directa" son la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 y el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones de 1965.

41. Un tratado de derechos humanos puede asemejarse en ciertos aspectos al Capítulo XI o a un TBI. Las Demandantes mencionan como ejemplo el hecho de que el Artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos protege a personas físicas y a compañías frente a expropiaciones ilegítimas realizadas por un

---

36 *International Law*, tercera edición, Cambridge, Grotius Publications Limited (1991), pág. 180.

gobierno contratante. Una persona o entidad privada puede impugnar una expropiación ante la Corte Europea de Derechos Humanos invocando la infracción cometida por un gobierno. Los gobiernos pueden asimismo impugnar los actos realizados por otro Estado Parte del Convenio Europeo[37]. Éste, por lo tanto, establece un doble sistema de ejecución, promovido por gobiernos y personas o entidades privadas, que en cierto sentido se asemeja al del TLCAN.

Derechos procesales o sustantivos; derechos derivados o directos

42. El Demandado sostiene que las disposiciones del propio TLCAN no admiten que los derechos que el Capítulo XI reconoce a las Demandantes se consideren sino como derechos procesales, consistentes, por lo tanto, esencialmente, en el derecho de promover acciones ante un tribunal competente para entender en casos del Capítulo XI, pero asimismo, como se admite, en el derecho de recibir una indemnización por daños y perjuicios si se hace lugar a la demanda del inversionista. El Demandado admite que en la Sección B del TLCAN se prevén remedios que ponen claramente de manifiesto que "si el demandante tiene éxito, [el remedio] es el pago de los daños sufridos o, en su caso, la restitución."[38]. El Demandado reconoce que "[é]stos son derechos significativos. Pero las obligaciones sustantivas son obligaciones que cada Parte del TLCAN ha asumido frente a

---

37 Transcripción, pág. 1028. El texto del primer párrafo del Artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio reza: "Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional".

38 Escrito de dúplica, pág. 56, párrafo 186.

las otras Partes del tratado. No dejan de ser obligaciones interestatales sólo porque se ha otorgado un derecho de acción a los inversionistas"[39].

43. La cuestión consiste en establecer si genera alguna diferencia el que el derecho de un inversionista a recibir una reparación por un acto ilícito contra él perpetrado sea un derecho sustantivo o procesal, directo o derivado. Cabe repetir aquí que desde el punto de vista del Demandado la diferencia parece ser esencial, ya que a su juicio entraña el derecho de suspender o eliminar, a través de una contramedida, el derecho "procesal" y "derivado" de las Demandantes de recibir una indemnización por daños y perjuicios del Estado que haya impuesto la contramedida, si ésta viola el Capítulo XI. Tal como al parecer interpreta la cuestión el Demandado, esa potestad de aplicar una contramedida depende de los derechos y obligaciones que, en el marco del TLCAN, rigen las relaciones entre Estados.

44. No me resulta convincente, desde el punto de vista lógico, la aseveración de que el derecho "procesal" o "derivado" de un inversionista del TLCAN a obtener una reparación por incumplimiento del Capítulo XI pueda suspenderse o eliminarse a través de contramedidas dictadas contra el Estado de origen del inversionista, y que esa facultad no exista si se trata de un derecho "sustantivo" o "directo". Esa aseveración tampoco encuentra respaldo en los Artículos de la CDI, ni, en general, en el derecho internacional consuetudinario. No creo que un Estado Parte del TLCAN pueda, por ejemplo, expropiar sin indemnización la inversión de un inversionista por el hecho de que el Estado Parte haya impuesto una contramedida en detrimento del Gobierno del país del inversionista con el que el Estado receptor de la inversión mantuviera una diferencia.

---

[39] Ídem, párrafo 187.

45. A menos que las disposiciones del Capítulo XI generen obligaciones frente a inversionistas, cuyo cumplimiento éstos tengan la potestad de exigir, dichas disposiciones carecen de sentido, aun en el caso de que los derechos a imponer ese cumplimiento sean "procesales" y "derivados". No cabe sostener, como lo prevé el Artículo 1102, que los Estados Partes del TLCAN estén sujetos a obligaciones de trato nacional, pero que quienes realizan inversiones en esos países no posean los correspondientes derechos individuales a obtener el trato nacional que les deben los Estados Partes. Tal como las Demandantes lo señalaron en la audiencia, "[En ninguna parte en la jurisprudencia -ni en el Capítulo 11 ni en los TBIs - encontrará una sugerencia de que los demandantes están haciendo cumplir los derechos de un Estado ni que los inversionistas son asignados a actuar de parte de los derechos del Estado."[40]. Además, como se señaló, el Demandado ha admitido que los inversionistas poseen "derechos" a incoar demandas y recibir una indemnización por daños y perjuicios, y que esos son derechos "significativos".

46. Resulta claro que el Capítulo XI, como señalan Brower y Steven, "crea mecanismos sustantivos de protección de inversiones que pueden activar mediante arbitraje las personas directamente afectadas por cualquier desconocimiento de esos mecanismos de protección"[41] A mi juicio, uno de los mecanismos sustantivos de protección de inversiones conferidos por tratado a los inversionistas del TLCAN es el derecho sustantivo de obtener una reparación por incumplimiento de la Sección A del Capítulo XI.

---

40 Transcripción, págs. 1048.

41 Véase nota al pie de página 214, *supra*.

47. ¿Por qué el derecho a obtener una reparación es sustantivo y no procesal? A mi juicio, el fundamento lógico del derecho —interno e internacional— implica necesariamente que un demandante que posee el derecho de promover una reclamación y de que si ésta prospera se le indemnicen los daños y perjuicios que haya experimentado en virtud del incumplimiento de una obligación por parte del demandado, posee un derecho individual, que se le reconoce en forma directa y subyace a su derecho de reclamar y obtener la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, a que el demandante no falte al cumplimiento de esa obligación. En el derecho interno, si la persona A posee el derecho de incoar una demanda contra la persona B por incumplimiento de cierto contrato, y si se hace lugar a su demanda de indemnización de daños y perjuicios porque el tribunal concluye que la persona B infringió ese contrato, A posee el derecho individual de que no se infrinja ese contrato y de obtener una reparación si esa infracción se produce. El derecho a obtener reparación es sustantivo. La reparación judicial por un acto ilícito cometido es un derecho sustantivo.

48. Lo mismo cabe sostener si el objeto de los derechos de propiedad es regulado por dos gobiernos en un acuerdo internacional bilateral de protección de inversiones extranjeras. Si una compañía del país A puede plantear contra el gobierno del país B una reclamación por expropiación en virtud del acuerdo, y se hace lugar a su reclamación, la compañía tiene un derecho básico a que sus bienes no sean expropiados. Tener el derecho a plantear la reclamación y la posibilidad o realidad de que esa reclamación se satisfaga demuestra la existencia de un derecho que puede hacerse cumplir coercitivamente, y de un remedio. Cabe repetir que la reparación jurídicamente debida en virtud del acto ilícito cometido es un derecho sustantivo.

49. ¿Cuál es la fuente de los derechos individuales del inversionista en el marco del TLCAN o de un TBI? Como se señaló, es el derecho concedido al inversionista por los gobiernos de que se trate, en ejercicio de su potestad de sancionar tratados. Conferir a los inversionistas esos derechos a través de un tratado fue, evidentemente, la intención de los Estados Partes del TLCAN. Pero aunque se acepte la opinión del Demandado y de la mayoría del Tribunal sobre este tema, es decir que los Estados Partes sólo tienen obligaciones mutuas, no así frente a los inversionistas, una de esas obligaciones es la de reconocer y hacer cumplir laudos o sentencias a favor de demandantes a cuyas reclamaciones basadas en el Capítulo XI se haya hecho lugar, lo que significa reconocer y hacer respetar el derecho a la reparación. No va en detrimento del derecho de un inversionista de obtener dicha reparación el que ese derecho se califique de "procesal" o "derivado". El derecho a un remedio reviste suma importancia para la estructura y el proceso del TLCAN y como derecho de un tercero, en la medida en que se refiera a diferencias entre los Estados Partes, no puede ser suspendido o suprimido a través de contramedidas adoptadas en virtud del derecho internacional consuetudinario ni de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado de la CDI.

La potestad de los gobiernos de enmendar o cancelar los derechos de los inversionistas

50. La posición del Demandado[42] consiste, *inter alia*, en que los gobiernos que crearon el TLCAN pueden enmendar o cancelar los derechos concedidos a inversionistas, lo que demuestra que sólo los Estados Partes tienen derechos sustantivos,

---

42 El Demandado sostiene que "Entonces digamos que ofrecen mecanismos muy valiosos, como por ejemplo actos procesales, pero se pueden suspender porque cuando se llega a un acuerdo interestatal dentro del TLCAN que opera en su totalidad, es viable." Trascripción, pág. 1263.

en tanto que los derechos de los inversionistas se derivan de los derechos de esos Estados y por lo tanto pueden ser revocados por contramedidas. El Demandado sostiene que los derechos de los que son titulares los inversionistas "no son irrevocables. Ceden al ejercicio de prerrogativas soberanas". Se dan ejemplos de determinaciones que interrumpieron la tramitación de casos. Además, "[l]os derechos de México para adoptar medidas conforme al derecho internacional consuetudinario en defensa de sus intereses son otro caso en el que los derechos ordinarios de un inversionista tendrían que ceder al ejercicio de los derechos e intereses soberanos, que son de mayor peso"[43].

51. No resulta claro lo que pueda significar el aserto de que los derechos de un inversionista ceden frente a "derechos e intereses soberanos, que son de mayor peso" en un sistema basado en el derecho, como el TLCAN, aunque ello ciertamente no suena promisorio en cuanto a protección de los inversionistas. No obstante, a mi juicio, sea en el marco del derecho interno o del derecho internacional, la capacidad jurídica de los gobiernos de enmendar o cancelar derechos de entidades no estatales no significa que esos derechos nunca hayan existido, o que no subsistan en la medida en que no se enmienden o cancelen. En el derecho interno es intrascendente que el Gobierno, o las personas A y B, cancelen derechos a hacer cumplir cierto tipo de contrato que hayan celebrado mutuamente, por ejemplo a través de leyes u otras medidas gubernamentales pertinentes. De hecho, los gobiernos podrían enmendar o cancelar esos derechos contractuales, aunque respetando las restricciones constitucionales. El Parlamento u otro órgano competente podría extraer de la jurisdicción del Poder Judicial reclamaciones por incumplimiento de determinado tipo de contrato, pero en la medida en que no lo hagan

---

43 Escrito de dúplica, págs. 4-5, 15-16.

subsiste el derecho a que se respete y haga cumplir ese contrato. Ante todo, la cancelación del derecho a un remedio no significa que ese derecho no haya existido.

52. Las mismas consideraciones se aplican en el derecho internacional. En esa rama del derecho, y más allá del TLCAN y de los tratados bilaterales de inversiones, los gobiernos han celebrado numerosos tratados o convenciones en virtud de los cuales personas naturales o compañías poseen derechos que esos gobiernos pueden enmendar o cancelar, pero esos derechos subsisten tal como hayan sido enunciados en tanto no sean enmendados o cancelados.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

53. Un ejemplo de lo que antecede en relación con las transacciones comerciales internacionales es la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías ("CISG", por su sigla en inglés)[44] de 1980, tratado multilateral cuyo modelo es el Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos, aplicable a transacciones de compraventa comercial internacional de mercaderías. Sólo Estados pueden ser partes de la Convención. Si bien solo Estados son Partes, la CISG crea derechos y obligaciones referentes a vendedores y compradores de mercaderías en transacciones internacionales. Contiene varias disposiciones sobre recursos frente a incumplimiento de contratos por parte de vendedores o compradores que sólo pueden hacer cumplir el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo de los Estados Partes de

---

[44] Para las citas de los Estados Unidos, el texto en inglés certificado por las Naciones Unidas se publica en 52 Federal Register 6262, 6264-6280 (2 de marzo de 1987); Código Anotado de los Estados Unidos, Título 15, Apéndice (Sup.187).

la Convención. Ésta, en el Artículo 101, contiene una disposición según la cual "Todo Estado Contratante podrá denunciar la presente Convención, o su Parte II o su Parte III, mediante notificación formal hecha por escrito al depositario".

En resumen, una o más de las Partes pueden cancelar derechos reconocidos a sus nacionales o a nacionales de otras Partes. Eso no significa que esos nacionales nunca hayan poseído derechos contractuales individuales, sustantivos y ejecutables. En la medida en que la CISG siga vigente para las partes que la hayan ratificado subsisten derechos individuales.

Los inversionistas poseen derechos independientes de reparación conforme a derecho

54. El Demandado sostiene que a diferencia de las personas físicas, que poseen derechos humanos contra su propio Estado, los inversionistas, conforme al Capítulo XI, sólo poseen los derechos del Estado. En la audiencia, el abogado del Demandado alegó lo siguiente:

> Todos tenemos derechos humanos contra nuestro propio Estado, no los tenemos por nuestro Estado sino de manera independiente del Estado. *Ellos [los inversionistas] tienen solamente los derechos de Estado en virtud del Capítulo 11, que es lo que se establece en el TLCAN.* [Esto es lo que se sostiene en el laudo del caso *Loewen*, que sentó jurisprudencia firme][45].

55. Me referiré al caso *Loewen* en los párrafos 60 a 70, *infra*. A esta altura baste señalar que en el contexto del TLCAN, aunque éste se considere como un tratado que impone a los Estados Partes obligaciones sustantivas sólo frente a los demás Estados Partes, es evidente que también los inversionistas poseen determinados derechos, por más

---

45 Transcripción, pág. 1261; cursiva agregada.

que éstos sean "procesales" o "derivados", precisamente porque los Estados Partes del TLCAN, a través de su potestad de celebrar tratados, tuvieron la intención de conferir, y en efecto confirieron, esos derechos a inversionistas. En otros términos, los inversionistas poseen derechos en el marco del TLCAN precisamente debido al proceder de sus Estados, ya que los Estados Partes les confirieron esos derechos en un tratado, y esos derechos se han realizado en la práctica. Como se señaló, los inversionistas pueden concebirse como terceros beneficiarios del TLCAN, y entre los derechos y obligaciones que se deben mutuamente los Estados Partes del TLCAN figuran el reconocimiento y la aplicación de los derechos de los inversionistas a obtener, conforme a derecho, una reparación por incumplimiento del Capítulo XI.

56. Aun aceptando la posición del Demandado de que el derecho a esa reparación en virtud del acto ilícito cometido es un derecho procesal y derivado, se trata, de todos modos, de un derecho individual sumamente significativo, tal como lo reconoció el Demandado.[46] ¿Qué derecho podría ser más significativo para un inversionista que el de obtener una reparación por daños y perjuicios en caso de incumplimiento del Capítulo XI por parte del Estado receptor de la inversión? Si los derechos individuales de un tercero no pueden cancelarse en virtud de contramedidas, lo que prohíben los Artículos pertinentes de la CDI, y si el derecho a presentar reclamaciones y a obtener la indemnización de los daños y perjuicios experimentados son derechos significativos, como lo reconoce el Demandado, el incumplimiento por parte de esta última de los Artículos 1102 y 1006 del TLCAN, probado por las Demandantes en el presente caso, no puede afectar al derecho de las Demandantes de obtener una reparación conforme a

---

46 Escrito de dúplica, pág. 44, párrafo 187.

derecho por la vía de caracterizar al impuesto a la fructuosa como una contramedida dictada en perjuicio de los Estados Unidos.

57. El Demandado alega asimismo que "aun si el derecho de acceder directamente al arbitraje internacional transforma los derechos sustantivos que existen entre las Partes en el plano internacional en derechos de los particulares, también estarán sujetos a contramedidas porque los demandantes particulares no pueden estar en una mejor posición que el Estado del cual derivan sus derechos"[47].

58. La respuesta al argumento del Demandado es que los demandantes privados no estarían en mejores condiciones que el Estado del que derivan sus derechos, sino que estarían en una posición totalmente diferente y separada, distinta de la de los Estados Partes, una posición propia de terceros independientes que les han concedido los Estados Partes del TLCAN a través del Tratado y reconocida como posición propia de terceros en el derecho internacional consuetudinario y en los Artículos y Comentarios de la CDI. Están en posición diferente porque como inversionistas poseen derechos independientes a recursos independientes, sea cual fuere la manera en que se los describa, conforme al Capítulo XI, y esos recursos son nítidamente distintos de los del Capítulo XX, que pueden invocar los Estados Partes. Además, naturalmente, los inversionistas del TLCAN son terceros en las diferencias entre los Estados Partes.

59. Los Estados no adoptan contramedidas contra inversionistas, sino contra Estados, y ellas, según el Demandado, pueden ir en detrimento de intereses privados. Naturalmente, esto es exacto a menos que el titular de esos intereses posea derechos como tercero independiente. En el Comentario 5 al Artículo 49 de los Artículos sobre

---

47 Ídem, párrafo 190.

Responsabilidad del Estado de la CDI se hace referencia a Estados que tienen calidad de terceros y a otros terceros. Si un Estado u otro tercero posee "derechos particulares en [el] asunto", esos derechos no son susceptibles de cancelación a través de contramedidas. El texto inequívoco de ese Comentario de la CDI establece que si los terceros "no tienen derechos particulares en [el] asunto no podrán reclamar". En el presente caso los terceros inversionistas poseen recursos, otorgados por el tratado, contra Estados Partes que están sujetos a obligaciones conforme al Capítulo XI, y el derecho a formular la reclamación que aquí han incoado invocando incumplimientos, por parte del Demandado, de la Sección A del Capítulo XI.

Loewen

60. Para respaldar con mayor firmeza su posición de que las normas de derecho internacional consuetudinario referentes a protección diplomática se aplican a arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco del TLCAN y, en forma más especial, a derechos especiales y contramedidas, el Demandado se basa en gran medida, al igual que la mayoría del Tribunal, en el caso *Loewen*[48], así como en manifestaciones específicas efectuadas por México y por los Estados Unidos en ese caso. Según el Demandado, esas manifestaciones respaldan la posición de que las normas de protección diplomática se aplican a los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco del TLCAN, y reiteran que los inversionistas del TLCAN no tienen, en el marco del Capítulo XI, más derechos que los que posee el Estado[49].

---

48 Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3.

49 *Véase* Escrito de dúplica, págs. 45-46, párrafos 191-193.

61. Uno de los temas planteados en el caso *Loewen* fue el de si las disposiciones del Capítulo XI modificaron o no la regla de la nacionalidad continua. En ese contexto, en el escrito presentado por los Estados Unidos se señala que ese país:

> coincide con México en que es infundado el intento de la decisión del caso Loewen de 'tirar por la borda' "las normas y principios establecidos de protección diplomática [...] basándose en que son 'viejos' y que el arbitraje entre inversionistas y Estados es 'nuevo'". Escrito presentado por México, párrafo 25. México está en lo cierto al sostener que "el derecho de acceso directo conferido por la Sección B del TLCAN no altera en modo alguno la interpretación de los derechos y obligaciones sustantivos del Tratado, que existen en el plano internacional entre Estados *inter se*". Ídem, párrafo 28. Los principios de derecho internacional aplicables a las reclamaciones entre Estados basadas en esos derechos y obligaciones —incluida la regla de las reclamaciones referente a la nacionalidad continua— siguen siendo plenamente aplicables a reclamaciones basadas en la Sección B del Capítulo XI. *Véase* ídem, párrafo 31. Además, Estados Unidos coincide con México en que los principios en que se sustenta la regla de la nacionalidad continua son y siguen siendo "normas firmes de derecho internacional consuetudinario"[50].

62. Estados Unidos expresó asimismo lo siguiente:

> Una norma de derecho internacional consuetudinario, que establece la regla en que debe inspirarse la decisión en virtud del Artículo 1131 del TLCAN (1) a menos que la revoque una disposición explícita en contrario del Acuerdo, no tiene por qué ser codificada además en el TLCAN para aplicarse a una reclamación basada en el Capítulo XI[51].

63. Esas manifestaciones plantean una vez más, para el presente caso, la cuestión (i) de si los derechos de los inversionistas de formular reclamaciones por derecho propio en el marco del TLCAN deben considerarse como "derechos [...] de los

---

50 Citado por el Demandado en su Escrito de dúplica, págs. 58-59, párrafo 192.

51 Citado por el Demandado en su Escrito de dúplica, pág. 61, párrafo 199. Documento de prueba R-93 del Demandado.

que sean titulares exclusivamente [Estados] Partes" (tal como lo sostiene el Demandado)[52] en el contexto de las normas de protección diplomática aplicables al TLCAN, y en tal carácter son derechos "derivados" o "procesales", que pueden ser cancelados o revocados por contramedidas, o (ii) de si el TLCAN ha revocado la regla de protección diplomática de respaldo de reclamaciones de inversionistas a través de la imposición del cumplimiento de obligaciones del TLCAN por otros Estados Partes, de modo tal que los derechos de ejecución que poseen los inversionistas con respecto a obligaciones de los Estados Partes sean derechos independientes —trátese de derechos "substantivos" o "procesales", "directos" o "derivados"— que no pueden suspenderse ni revocarse a través de contramedidas.

64. El Demandado cita en términos encomiásticos el Laudo del caso *Loewen* en cuanto en él se sostiene que "[n]o se justifica transferir normas derivadas del derecho privado a un ámbito de derecho internacional en que por razones de conveniencia se permite a los reclamantes hacer cumplir derechos de los que en su origen son titulares Estados Partes [...]"[53].

65. A mi juicio, la aseveración que antecede, contenida en el Laudo del caso *Loewen*, es errónea en tres aspectos importantes:

66. Primero, examinada en el contexto del TLCAN, la frase "no se justifica trasladar normas derivadas del derecho privado [...]" no es ni puede ser correcta. Así lo justifica la potestad de los tres Estados que crearon el TLCAN, en el contexto de ese tratado. El derecho de los tratados no impide en modo alguno a los Estados trasladar al

---

52 *Véase* Escrito de dúplica, pág. 45, párrafo 191.

53 Laudo del caso *Loewen*, párrafo 233, citado por el Demandado en su Escrito de dúplica, pág. 48, párrafo 194.

TLCAN normas derivadas del derecho privado ni, en forma general, a tratados bilaterales de inversiones ni a ningún tratado que se refiera a relaciones entre inversionistas y Estados receptores de la inversión. Si los Estados, a través de tratados, desean conferir derechos a inversionistas privados en el contexto de una inversión, ciertamente pueden hacerlo. El derecho de los tratados no reconoce la limitación contenida en el texto del Laudo del caso *Loewen*, arriba citado. Como se señaló, una analogía del derecho interno puede ser el concepto del tercero beneficiario. Las personas A y B pueden celebrar mutuamente un contrato que genere un derecho para la persona C. Lo mismo ocurre en el derecho de los tratados internacionales.

67. En segundo lugar, no se trata de que a las Demandantes se les permita *por razones de conveniencia* hacer cumplir las obligaciones de los Estados Partes del TLCAN. Es el *derecho* —el derecho del TLCAN— el que confiere a las Demandantes ese permiso y esa potestad. La fuente de derecho es el tratado. A las Demandantes, como beneficiarias de los gobiernos de los países del TLCAN, se les concedieron directamente derechos de hacer cumplir las obligaciones asumidas por los Estados Partes, y ello a través de un tratado, que es el mecanismo principal, aunque evidentemente no el único, del derecho internacional moderno. Como se señaló, el TLCAN y los tratados bilaterales de inversiones se celebraron precisamente porque muchos gobiernos consideraron al mecanismo de la protección diplomática discrecional como un vehículo comparativamente insuficiente para garantizar la protección de inversiones, un sistema de inversiones organizado por normas estables y el fomento de la inversión extranjera.

68. El TLCAN puede haber sido celebrado, originalmente, por razones de conveniencia (como ocurre con la mayoría de los tratados), entre otras cosas para superar las fallas del sistema de protección diplomática discrecional vigente entre Canadá, los

Estados Unidos y México. Pero una vez que entró en vigor el TLCAN, las obligaciones que el mismo estableció para los Estados Partes, y los derechos que concedió a los inversionistas, se hicieron jurídicamente obligatorios. En la historia del TLCAN nada lleva a pensar que los derechos de los inversionistas de obtener una reparación por violaciones de las obligaciones de los Estados Partes previstas en el Capítulo XI sean simplemente cuestiones de conveniencia y no de derecho; en este caso, de un derecho creado por Estados a través de un tratado.

69. Tercero, en el laudo del caso *Loewen* se utiliza la frase "derechos de los que en su origen son titulares Estados Partes [...]". ¿Pero a qué origen se alude? ¿Al de derechos enmarcados en el régimen de la protección diplomática o al de derechos reconocidos en el TLCAN? En la primera hipótesis, emanan del derecho consuetudinario; en la segunda, del derecho de los tratados. Los derechos de los inversionistas, en el marco del TLCAN, de incoar demandas y obtener indemnizaciones de daños y perjuicios por derecho propio invocando violaciones de obligaciones de los Estados conforme al Capítulo XI pasaron a formar parte de aspectos sustanciales y procesales ulteriores y diferentes del derecho consuetudinario, tradicionalmente centrado en los derechos de las partes. En buena medida —ciertamente no en su totalidad— los tratados de protección de inversionistas desplazaron determinadas normas del sistema tradicional de protección diplomática y hasta cierto punto redujeron los derechos de que gozaban los Estados en virtud de ese sistema.

70. De todos modos, ni en el laudo del caso *Loewen* ni en los escritos presentados por los Estados Unidos y México en ese caso se consideran las normas de derecho internacional consuetudinario referentes a contramedidas. En el laudo del caso *Loewen,* como otros citados por la mayoría del Tribunal y por el Demandado, no se

consideraron contramedidas. Las manifestaciones de los Estados Unidos y Canadá tampoco se formularon en un contexto de contramedidas. Esas partes no abordaron la cuestión de si a través de contramedidas se puede dejar en suspenso o cancelar jurídicamente el derecho de un inversionista a obtener una reparación judicial en caso de incumplimiento, por parte del Estado que adopta las contramedidas, del régimen del Capítulo XI. Las manifestaciones de los Estados Unidos en el caso *Loewen* se formularon en el contexto de la regla de derecho internacional consuetudinario de mantenimiento continuo de la nacionalidad en las reclamaciones y la aplicabilidad de ese requisito conforme a la Sección B del Capítulo XI.

71. El requisito de la nacionalidad continua de las reclamaciones emana del derecho internacional consuetudinario de protección diplomática y además puede surgir de disposiciones específicas de un mecanismo de arbitraje entre inversionistas y Estados basado en un tratado, como el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos[54]. Éste, como se señaló, sostuvo en dos ocasiones que la institución de la protección diplomática *no* le es aplicable —lo son, en cambio, los derechos directos del inversionista— puesto que su documento constitutivo contiene la regla de la nacionalidad continua de las reclamaciones. Los derechos directos de los inversionistas en el marco del moderno derecho de los tratados y la regla de la nacionalidad continua propia del derecho internacional consuetudinario pueden coexistir, y coexisten, sin dificultad.

72. En el caso del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, la referida disposición específica codifica el principio de derecho internacional consuetudinario que

---

54 El párrafo 2 del Artículo VII de la Declaración sobre Arreglo de Reclamaciones establece: "Por 'reclamaciones de nacionales' de Irán o de los Estados Unidos, según correspondiere, se entiende reclamaciones de las que hayan sido continuamente titulares, desde la fecha en que haya surgido la reclamación hasta la fecha en que el arreglo entre en vigor, nacionales de ese Estado [...]" 1 Iran-U.S.C.T.R 11, 1981-82.

yace en las normas de protección diplomática, en tanto que en el TLCAN tal disposición específica está ausente, por lo cual se aplica la norma de derecho consuetudinario. La cuestión, en la presente diferencia, es que el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos no aplica las normas generales de protección diplomática, pero sí aplica la norma consuetudinaria de nacionalidad continua de las reclamaciones. Lo mismo parece ocurrir, o debería ocurrir, en el caso del TLCAN.

73. Sería excesivo concluir que como la regla de la nacionalidad continua de las reclamaciones se aplica en el caso del TLCAN en virtud del derecho internacional consuetudinario, conforme al Laudo del Caso *Loewen,* ya que no fue revocada expresamente por dicho tratado, las reglas de la protección diplomática se aplican en forma más general en el TLCAN, o por lo menos en tanto que determinadas contramedidas pueden abrogar derechos individuales "procesales" y "derivados" y, de hecho, que el TLCAN no confiere a los inversionistas ningún derecho que no puedan abrogar contramedidas aplicadas en violación de disposiciones del Capítulo XI. Lo uno no es consecuencia de lo otro.

La garantía del debido proceso legal ante un tribunal imparcial, reconocida por el TLCAN a los inversionistas

74. A mi juicio, los Estados Partes del TLCAN se propusieron revocar, y efectivamente revocaron, las normas de protección diplomática de derecho consuetudinario que permiten a los inversionistas, con patrocinio de sus Estados, imponer a otros Estados el cumplimiento de sus obligaciones. En el caso del TLCAN se ha respetado —especialmente a través de los Artículos 1115 y 1116 de la Sección B— la posición de que una norma de derecho internacional consuetudinario sigue vigente en

tanto no haya sido revocada expresamente por dicho tratado. El Artículo 1115, cuyo título es "Objetivo", establece lo siguiente:

> Sin perjuicio de los derechos y obligaciones de las Partes establecidos en el Capítulo XX, "Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias", esta sección establece un mecanismo para la solución de controversias en materia de inversión que asegura tanto trato igual entre inversionistas de las Partes, de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional, como debido proceso legal ante un tribunal imparcial. (Subrayado agregado).

75. El Artículo 1116, titulado "Reclamación del inversionista de una Parte, por cuenta propia", establece, *inter alia*, "De conformidad con esta sección el inversionista de una Parte podrá someter a arbitraje una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación establecida en (a) la Sección A [...]".

76. Un sistema que "asegura" a un inversionista, en el marco del TLCAN, el "debido proceso legal ante un tribunal imparcial" y que faculta al inversionista a incoar una reclamación "por cuenta propia" revoca expresamente, en lo que al TLCAN se refiere, el sistema por el que los gobiernos de los países de los inversionistas pueden hacer suyas las reclamaciones de estos últimos a través del mecanismo de protección diplomática. Conforme al régimen de protección diplomática no existe garantía alguna de que un gobierno haya de hacer suyas las reclamaciones planteadas por sus nacionales ante un tribunal internacional o ante cualquier otro foro. Tampoco existe un mecanismo que permita a un inversionista presentar una reclamación por cuenta propia a falta de un tratado o de otro acuerdo internacional. Los Artículos 1115 y 1116 del TLCAN brindan expresamente esas seguridades a los inversionistas, quienes por lo tanto son beneficiarios del régimen que establece el tratado para las relaciones mutuas entre los tres Estados Partes.

77. Evidentemente los mencionados artículos no suponen la inaplicabilidad al TLCAN de todas las normas de protección diplomáticas y de derecho internacional consuetudinario. Sí significan que los aspectos sustanciales del régimen de protección diplomática —el hecho de que el Estado, en beneficio de sus nacionales, haga suyas reclamaciones tendientes a imponer a otros Estados el cumplimiento de sus obligaciones— no forman parte del TLCAN y que, en lugar de ello, los inversionistas de dicho tratado poseen su propio derecho individual de imponer al Estado el cumplimiento de esas obligaciones. Ésa es la seguridad que los inversionistas del TLCAN recibieron de los Estados Partes. Ese es el "Objetivo" del TLCAN. Por lo tanto, aunque se admita que los Estados Partes sólo son partes en sus relaciones mutuas, un aspecto de lo que han acordado mutuamente es la obligación de reconocer a los inversionistas el derecho de obtener directamente una reparación jurídica en caso de incumplimiento del Capítulo XI. No podría existir un derecho individual más significativo para los inversionistas del TLCAN. Ningún derecho podría ser más significativo para un inversionista, como tercero, en caso de diferencia entre el Estado receptor de la inversión y el Estado de origen del inversionista.

78. La garantía del debido proceso ante un tribunal imparcial, que es el reverso de la regla de respaldo que brinda el régimen de protección diplomática, que no ofrece ninguna garantía procesal ante tribunal alguno, a mi juicio no es congruente con la noción esgrimida por el Demandado, sobre derechos "procesales" o "derivados" que tendría un inversionista, derechos que podrían dejarse en suspenso o cancelarse a través de contramedidas. Por el contrario, conforme al Artículo 1115, esa seguridad del debido proceso ante un tribunal internacional es un aspecto del "Objetivo" del TLCAN. La posibilidad de acudir a un tribunal arbitral internacional, que se ofrece a los inversionistas

comerciales, a los comerciantes y en general a quienes toman parte en actos de comercio internacional, cuando el Estado es parte, es un aspecto medular de la orientación del TLCAN y modifica fundamentalmente la mutua relación entre partes privadas y el Estado. Un autor lo expresó en los siguientes términos:

> Por lo tanto, el Capítulo XI altera en dos sentidos la relación jerárquica tradicional entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de la inversión. Primero, prohíbe determinadas modalidades de ejercicio de la soberanía a expensas de los inversionistas extranjeros. Segundo, crea un mecanismo de resolución de diferencias sobre inversiones que coloca en un plano de mayor igualdad a los inversionistas extranjeros y a los Estados que reciben sus inversiones, ya que aquéllos no quedan a merced de éstos ni de sus Estados de origen para obtener protección. El Capítulo XI redistribuye el poder de negociación en forma que refleja más fielmente las relaciones entre agentes comerciales. Como lo explicó un negociador estadounidense del Capítulo XI, lo que se persigue con este régimen es extraer las controversias sobre inversiones de "la esfera política e inscribirlas en mayor medida en la esfera del *arbitraje comercial*"[55].

79. Extraer las diferencias sobre inversiones de la esfera política y poner a las partes de la diferencia en mayor medida en pie de igualdad —aspectos ambos que al parecer constituyen la intención original de los Estados Partes del TLCAN— son fundamentos básicos de la norma que reconoce a los inversionistas derechos independientes como terceros. Los inversionistas pueden incoar reclamaciones del modo que prefieran, independientemente de que los gobiernos de sus países de origen aprueben o no su decisión. Por ese motivo los titulares de esas reclamaciones son los inversionistas, y no sus Estados.

80. Sean cuales fueren las reglas de protección diplomática adicional que se consideren aplicables al TLCAN, como la de la nacionalidad continua, entre ellas no

---

[55] Brower II, Charles H., "Investor-State Disputes Under NAFTA: The Empire Strikes Back", 41 *Columbia Journal of Transnational Law* 73 (2001).

figuran las normas, propias del sistema de protección diplomática, de patrocinio estatal tendiente a imponer a otros Estados el cumplimiento de sus obligaciones[56], ni los inversionistas del TLCAN imponen el reconocimiento de los derechos de su Estado. Imponen la observancia de sus propios derechos a una reparación jurídica y el cumplimiento de sus obligaciones por parte de los Estados receptores de sus inversiones. Como se recordará, fue alegando incumplimiento por parte del Gobierno de los Estados Unidos que el Demandado sostuvo que estaba jurídicamente facultada para adoptar contramedidas, "que incluyen el derecho de suspender la aplicación de cualquier disposición del TLCAN. Eso es lo que México decidió hacer"[57]. A mi juicio los Estados Partes del TLCAN no poseen esa facultad. Las alegaciones del Demandado sobre incumplimiento por parte del Gobierno de los Estados Unidos no pueden justificar jurídicamente la suspensión de ninguna disposición del TLCAN que cree, a favor de los inversionistas, derechos, como terceros, de obtener una reparación por infracciones del Capítulo XI.

81. Debe enfatizarse que el mecanismo de protección diplomática previsto en el derecho internacional consuetudinario, así como el derecho consuetudinario en general, seguirán cumpliendo un papel sumamente significativo en materia de protección de las inversiones extranjeras. Existe amplio margen para que los Estados respalden las

---

56 En cierta medida me preocupan las posibles ramificaciones, más allá del TLCAN, del argumento del Demandado relativo a las contramedidas. Al gobierno de un país que recibe una inversión puede no resultarle difícil, si actúa de mala fe, crear artificialmente una "diferencia" con el Estado de determinado inversionista con el que mantenga diferencias, y luego adoptar medidas (describiéndolas como contramedidas) contra ese Estado y a través de ellas afectar o suprimir los intereses del inversionista, en un contexto en que el Estado receptor contará con una defensa inexpugnable. Todo Estado que decida actuar de mala fe en los términos expresados podrá debilitar o trastornar el sistema de protección de los inversionistas y de arbitraje de diferencias, por lo menos en relación con ese Estado. Innecesario es decir que a mi juicio, en el presente caso los inversionistas y el Estado receptor actuaron con impecable buena fe.

57 Escrito de dúplica, pág. 41, párrafo 171.

reclamaciones de sus nacionales por diversas vías, para la negociación de arreglos en beneficio de esos nacionales o para incoar reclamaciones ante entidades tales como la OMC o el TLCAN en procedimientos entre Estados, invocando su propio interés en la reclamación en nombre de sus nacionales. Sin lugar a dudas, la protección diplomática discrecional, en cuanto mecanismo de derecho internacional consuetudinario, ha cedido terreno a un sistema de protección iniciado por los inversionistas, basado en tratados, en que los inversionistas poseen el derecho de imponer el cumplimiento de las normas, pero el sistema tradicional sigue operando en el contexto de los inversionistas y en otros contextos y seguirá cumpliendo un papel significativo en la medida en que los gobiernos estén dispuestos a ejercer su potestad discrecional de actuar a favor de sus nacionales. Análogamente, el derecho internacional consuetudinario general necesariamente seguirá cumpliendo un papel importante en la interpretación y aplicación del Capítulo XI del TLCAN.

Conclusiones

82. En resumen, las normas sobre contramedidas enunciadas en los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional establecen que las contramedidas pueden "incidentalmente afectar la posición de terceros Estados o, de hecho, de otros terceros" si estos últimos "no tienen derechos particulares en [el] asunto". El derecho a una reparación judicial por incumplimiento, por parte de un Estado Parte, de las obligaciones que le impone el Capítulo XI, es un derecho significativo, tal como lo ha reconocido el Demandado, y a mi juicio es un derecho sustantivo.

83. Pero aunque los Estados Partes del TLCAN sólo mantengan obligaciones sustantivas en sus relaciones mutuas, y la reparación jurídica por actos ilícitos cometidos pueda describirse acertadamente como derecho derivado o derecho procesal, obtener esa

reparación sigue siendo el derecho de un tercero, conferido por tratado, que reviste suma importancia para los inversionistas y para el sistema del TLCAN en conjunto. En el Artículo 1115 del TLCAN, los Estados Partes de dicho tratado "asegura[ro]n" a los inversionistas el "debido proceso legal ante un tribunal imparcial". De ello se infiere que los derechos de protección de que gozan los inversionistas conforme al TLCAN, sea cual fuere la manera en que se describan, por haber sido reconocidos a los inversionistas en cuanto beneficiarios del TLCAN no pueden cancelarse a través de contramedidas adoptadas por un Estado Parte del TLCAN, de conformidad con los Artículos y Comentarios sobre Responsabilidad del Estado establecidos por la Comisión de Derecho Internacional como expresión del derecho internacional consuetudinario.

84. El TLCAN fue concebido, en gran medida, como un mecanismo jurídico de promoción de inversiones en Canadá, los Estados Unidos y México. Para realizarlas, el inversionista necesita un sistema previsible y estable, alicientes otorgados por el Estado de destino de la inversión, normas jurídicas que incluyan mecanismos básicos mínimos de protección de inversiones, derecho a una reparación jurídica en caso de incumplimiento de cualquiera de esos mecanismos de protección por parte del Estado receptor y un entorno en que el inversionista no experimente el temor de que su inversión pueda ser reducida o expropiada por el Estado receptor que mantenga una diferencia con su Estado de origen.

85. Lamento no poder compartir el enfoque de mis ilustrados colegas con respecto a los derechos de un inversionista en el marco del TLCAN, protección diplomática y contramedidas, porque a mi juicio ese enfoque no es compatible con una de las razones de ser ni con las disposiciones del TLCAN, ni con el derecho internacional consuetudinario.

Arthur W. Rovine

Arthur W. Rovine
Árbitro
Fecha:
9/20/07