

**EL DERECHO APLICABLE A LA CONTROVERSIA
EN EL ÁMBITO DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES
EXTRANJERAS SEGÚN EL CONVENIO
DE WASHINGTON DE 1965**

por CHRISTIAN G. SOMMER*

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje de inversión extranjera, principalmente a través del Centro Internacional de Disputas por Inversiones (CIADI) —en el marco del Convenio de Washington de 1965— o mediante otros tribunales ad hoc bajo las reglas arbitrales del CNUDMI/UNICTRAL, ha posibilitado que los inversionistas puedan reclamar a los Estados receptores de la inversión por las diferencias en el cumplimiento o ejecución de la inversión, en el marco del ámbito de aplicación de tratados bilaterales de inversión (TBI) suscriptos. Este sistema ha consolidado un mecanismo arbitral de características particulares, ya que si bien son los Estados los que acuerdan los TBI, serán los inversores los que directamente demanden al Estado receptor (o viceversa) por tales incumplimientos.

Uno de los puntos centrales al momento de abordar una disputa sometida al mecanismo de arbitraje internacional es el derecho aplicable al proceso arbitral. En general, la mayoría de las inversiones suelen estar materializadas por medio de contratos de concesión entre el Estado receptor y los inversores, debiéndose establecer como todo contrato nacional (salvo expresa excepción) la ley del Estado receptor para dirimir la posible controversia por la aplicación o interpretación del contrato en cuestión. Sin embargo el Convenio de Washington de 1965 deja a criterio de los árbitros la interpretación sobre los alcances del artículo 42 del Convenio cuando las partes no han específicamente fijado el derecho aplicable. Este aspecto del derecho aplicable en el marco de disputas por inversiones extranjeras, particularmente en marco del CIADI, ha implicado en los últimos años un nutrido desarrollo de posturas sobre las interpretaciones que los árbitros han utilizado para dar cabida al marco normativo de la disputa arbitral.

* Abogado (Universidad Nacional de Córdoba - UNC). Doctor en Derecho (UNC). Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad Católica de Córdoba, en la Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Blas Pascal. Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional y de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado. e-mail: sommer_g@hotmail.com.

II. LA INTERPRETACIÓN SOBRE LA NORMA APLICABLE EN LAS CONTROVERSIAS SOBRE INVERSIONES

En lo concerniente a la norma aplicable, particularmente los miembros de los tribunales en el marco del CIADI deberán tener en cuenta, para resolver la disputa, la aplicación del derecho elegido por la partes, ya sea éste el derecho local donde se efectuó la inversión o el derecho internacional que efectúan los tratados bilaterales de inversión (TBI).

Recuérdese que el artículo 42 del Convenio expresa:

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

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

“3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este artículo no impedirán al tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*”.

Se acepta, de modo general, que las partes (Estado-inversor) son libres de elegir las normas aplicables a los acuerdos que las regirán como a las posteriores normas para solucionar controversias, entendida esta práctica de la autonomía de la voluntad como un principio general, con la única limitante en el respeto de normas imperativas de los Estados en donde el acuerdo entre ambos produzca efectos. Sin embargo, en el derecho de las inversiones extranjeras, esa “autonomía de la voluntad” se encuentra más acotada, dada la amplia utilización de normas de derecho público en los contratos entre Estado e inversor, muchas de las cuales son normas de carácter imperativo o incluso de policía. Es decir, no puede darse al acuerdo una jerarquía mayor que las normas de un Estado permitan, lo que conlleva, en parte, a una limitación de las teorías de la internacionalización del contrato¹.

Muchos TBI contienen cláusulas de elección de la ley. Éstos suelen incluir referencias a las normas de los TBI, al derecho de los Estados Partes del TBI, a las normas y principios del derecho internacional y, en ocasiones, a las disposiciones de un contrato de inversión en particular entre Estado e inversor, el que podrá tener referencias al derecho internacional privado de dicho Estado que pueda contener normas de conflicto que efectúan, a su vez, un reenvío a legislaciones extranjeras. Por ejemplo, el artículo 10 de TBI entre la Argentina y Holanda expresa que, en caso de llevar la controversia ante un tribunal arbitral, éste debe decidir la controversia con base en el “Derecho de la Parte Contratante que sea Parte en la controversia, incluidas las normas relativas a conflicto de leyes, las disposiciones de este Convenio, acuerdos especiales concluidos con relación a la inversión así como los principios de derecho internacional que resulten aplicables”².

La doctrina ha enfatizado que en los casos decididos en los términos del Convenio de Washington, sin perjuicio de la legislación del país receptor de la inversión que resulte aplicable, el laudo deberá ser congruente con los principios del derecho interna-

¹ Cf. Somarajah, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Ed. Kluwer Law International, 2000, p. 251.

² TBI Argentina y Holanda. Firmado el 20 de octubre de 1992.

cional y, en caso de conflicto, con el derecho internacional, este último debería prevalecer³.

En general, las partes deciden internacionalmente las normas del derecho aplicable, particularmente por las reticencias de los inversionistas sobre los efectos que pudiera generar la aplicación del derecho local y ante la incertidumbre que puede surgir ante procesos administrativos o judiciales del Estado receptor.

La aplicación del derecho internacional, como norma marco dentro de las inversiones extranjeras, constituye una herramienta indispensable para suplir posibles interpretaciones locales sobre prácticas jurídicas consagradas ya en los TBI. En ciertos casos, será necesario para suplir lagunas del derecho local e incluso se sostiene que, a pesar de que las partes no lo estipularan en su acuerdo, acorde con los alcances del artículo 42.1º, los tribunales CIADI han enunciado el valor del derecho internacional como norma interpretativa de los acuerdos entre las partes y a fin de dar respuesta a la controversia planteada. Cabe recordar la célebre postura de Gaillard al expresar que el control de legalidad internacional ejercido por los árbitros en el arbitraje de inversiones sobre los comportamientos de los Estados "(...) es de una importancia comparable a la que ha visto, en el siglo XIX, la transformación, en el ordenamiento jurídico francés, del rol del Consejo de Estado, de órgano consultivo en verdadero juez de los actos de la Administración"⁴.

En ciertas circunstancias, es posible que resulten aplicables también otros tratados internacionales, diferentes al Convenio. Así, el artículo 1131 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) o el artículo 26.6º de la Carta de la Energía (ECT) prevén la posibilidad de que las disputas entre Estado e inversor sean analizadas, en cuanto a la aplicación del derecho, mediante la normas del propio tratado y de normas aplicables del derecho internacional.

Pero esta postura de remisión al derecho internacional sobre el derecho local, en la práctica de los arbitrajes de inversión, ha generado que, en ciertos casos, se omita toda referencia a los alcances e interpretaciones de las normas locales del Estado involucrado, las cuales son el soporte técnico-legal más adecuado para comprender los pormenores de la controversia. Estas particularidades en las disposiciones normativas locales son de trascendencia al momento de determinar si las reclamaciones están basadas en una vulneración de un contrato estatal (contract claims) o las reclamaciones exceden el ámbito nacional por la vulneración manifiesta de un TBI (treaty claims), tal como lo han sostenido los tribunales arbitrales en diversos casos, entre ellos, por parte del Comité ad hoc en el asunto "Aguas del Aconquija y Vivendi"⁵. Sin embargo, este bicéfalo ámbito de reclamaciones, como las dos caras de Jano, ha implicado en ciertas ocasiones que en aquellos acuerdos de inversión que contengan "cláusulas paraguas"

³ Cfr. Schreuer, Ch., "Commentary on the ICSID Convention", ICSID Review, Foreign Investment Law Journal, vol. 12, nro. 2, John Hopkins University Press, 2007; Ymaz Videla, E. M., Protección de inversiones extranjeras - Tratados bilaterales, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1999; Vives Chillida, J. A., El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Ed. McGraw Hill, Madrid, 1998, ps. 192 y ss.; Fernández Masía, E., Arbitraje en inversiones extranjeras: El procedimiento arbitral en el CIADI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, ps. 282 y ss.

⁴ Gaillard, E., La jurisprudence du CIRDI, Ed. Pedone, Paris, 2004, ps. 767/768.

⁵ "Compañía de Aguas del Aconquija S.A y Vivendi Universal v. Argentina" (caso CIADI nro. ARB/97/3), decisión de anulación del 3/7/2002, párr. 95.

puedan llegar a establecer que una disputa por diferencias en la aplicación y ejecución de un contrato regulado por el derecho público local sea considerado como incumplimiento de una norma internacional.

En el asunto “SPP v. Egipto” se había planteado un desacuerdo en cuanto a la elección del derecho aplicable y, en consecuencia, si el derecho internacional debía aplicarse en razón de lo expresado por el artículo 42.1^o. El tribunal sostuvo que dicho derecho se debe aplicar aun en los casos en que sólo se aplicara una norma local, ya que existe un valor jerárquico del derecho internacional sobre la validez y aplicación del derecho local, principalmente porque aquél procura completar los vacíos de las normas locales⁶. En este litigio, los alcances normativos de la Convención para la Protección del Patrimonio Cultural y Natural fueron utilizados para la resolución de la disputa⁷.

Sostuvo también el Tribunal que “Cuando una norma local contiene una laguna, o las normas del derecho internacional son vulneradas por aplicación exclusiva del derecho interno, el tribunal está obligado, conforme el Convenio a la aplicación de los principios y normas pertinentes del derecho internacional”. Sobre esta última oración es interesante remarcar el comentario que el Prof. Schreuer ha efectuado sobre los alcances interpretativos de principios y normas del derecho internacional: “Este pasaje contiene curiosas discrepancias entre los textos en inglés y español de la Convención por un lado y el texto en francés del otro. Mientras que el texto en inglés habla de ‘rule of international law’ (en español derecho internacional) el texto en francés habla de ‘principes de droit international’ que sería mejor traducido como ‘principios de derecho internacional’ y que indicaría un mayor nivel de generalidad y abstracción. Una mirada a la historia de la redacción del texto en francés, muestra que inicialmente contenía la palabra ‘régle’ también en referencia al derecho internacional pero éste fue cambiado por ‘principes’ en el proyecto revisado sin razón aparente. En este contexto parecería indicar que el término francés no concede ningún significado especial y no debe ser usado para excluir la aplicación de normas específicas. La diferencia entre normas y principios del derecho internacional no parece haber creado grandes dificultades a los tribunales”⁸.

En el asunto “Benvenuti y Bonfart v. Congo”, el tribunal expresó que el principio de “justa reparación” en caso de expropiación por nacionalización constituye uno de los principios reconocidos por el derecho internacional⁹. En iguales términos sobre el valor del derecho internacional en la aplicación del derecho se han expresado en los asuntos “Amco v. Indonesia”, “LETCO v. Liberia” y “Klöckner v. Camerún”¹⁰.

⁶ “SPP v. Egipto” (caso CIADI nro. ARB/84/3), laudo del 30/11/1979, 1 ICSID Report, 323, p. 207.

⁷ “SPP v. Egipto” (caso CIADI nro. ARB/84/3), laudo del 20/5/1992, 3 ICSID Reports, ps. 206/207.

⁸ Cfr. Schreuer, Ch. The ICSID Convention. A Commentary, 1^a ed., Ed. Cambridge University Press, United Kingdom, 2009, ps. 65 y ss.

⁹ “Benvenuti y Bonfart v. Congo” (caso CIADI nro. ARB/77/2), laudo del 15/8/1980, 1 ICSID Reports, p. 357.

¹⁰ “Amco v. Indonesia” (caso CIADI nro. ARB/81/1), laudo del 20/11/1984, 1 ICSID Reports, p. 493; “LETCO v. Liberia” (caso CIADI nro. ARB/83/2), laudo del 31/3/1986, 2 ICSID Reports, p. 366; “Klöckner v. Camerún”, laudo del 21/10/1983, 2 ICSID Reports, p. 61.

En este contexto, los alcances que los tribunales suelen dar al valor del derecho internacional está plasmado en que, por más que expresamente el acuerdo entre las partes no haya incluido disposiciones del derecho internacional, el Estado receptor de la inversión debió garantizar las normas mínimas internacionales a fin de preservar el normal desenvolvimiento de la inversión, acorde con lo que anteriormente expresáramos en el capítulo I sobre las normas de trato justo y equitativo.

Como también sostiene Schreuer, la norma supletoria del segundo párrafo del art. 42.1º, al hacer referencia a la aplicación de normas de derecho internacional, tiene como origen lo estipulado en el Informe de los Directores Ejecutivos del Convenio (párr. 40), en el que se establecía que el término “derecho internacional” usado en el articulado del Convenio debía entenderse en el sentido que le da el artículo 38.1º del Estatuto de la CIJ, aun teniendo en cuenta que el art. 38 fue redactado para ser aplicable por diferencias entre Estados¹¹.

En el asunto “CSOB v. Eslovaquia”, el tribunal sostuvo que “(...) la cuestión de si las partes han manifestado su consentimiento en forma efectiva a la jurisdicción del CIADI no se responde haciendo referencia a la legislación nacional, sino que ésta se debe regir por los alcances del derecho internacional (como *lex specialis*) tal como se establece en el artículo 25.1º del Convenio”¹².

Estas posturas de los tribunales de primar en los laudos la aplicación del derecho internacional se puede avizorar también en el asunto “Duke Energy v. Perú”, en el que se expresó: “El demandado alega que el tribunal debe aplicar la legislación del Perú para resolver la diferencia. De hecho, la cuestión de la ley aplicable al fondo de esta causa es algo más complicado. El CEJ (...) no tiene una disposición específica respecto al derecho aplicable. A este respecto el artículo 42.1º del Convenio exige que el tribunal aplique ‘la legislación del Estado que sea Parte en la diferencia (incluidas las normas de derecho internacional privado) y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables’. Asimismo, aun si se sostuviera que corresponde aplicar la legislación del Perú a la interpretación del CEJ (...) el tribunal tiene la facultad y el deber de someter la legislación del Perú al control del derecho internacional”¹³.

Como se señalara, uno de los particularismos del sistema de protección de inversiones extranjeras, que, a su vez, influirá en el modo de interpretar y aplicar el derecho frente a una controversia entre inversor y Estado, es el carácter limitante en los Estados de la aplicación de normas de derecho público (en áreas como medio ambiente, monetaria, regulación de tarifas de servicios públicos) que puedan restringir o limitar las inversiones y sus beneficios acordados y suelen ser denunciadas por los inversionistas como violatorias de los estándares internacionales de protección de las inversiones. Sin embargo, estas posturas adolecen de una errónea interpretación sobre los alcances en la utilización del derecho internacional como normas de aplicación frente al derecho local donde se desarrolló la inversión.

¹¹ Schreuer, Ch., *The ICSID...*, cit., p. 149.

¹² “CSOB v. Eslovaquia”, decisión sobre jurisdicción (caso CIADI nro. ARB/97/4), laudo del 24/5/1999, 14 *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 251, 263/4 (1999).

¹³ “Duke Energy International Perú Investments Ltd. v. Perú” (caso CIADI nro. ARB/03/28), laudo del 1/3/2011, p. 162. Disponible en www.investmentclaims.com.

Si bien un Estado no debe alterar significativamente las condiciones de seguridad jurídica pactadas con el inversor, debe enfatizarse que el derecho internacional general no restringe la posibilidad de que el Estado aplique ciertas normas de carácter imperativo a fin de salvaguardar el bienestar general y la seguridad jurídica del propio Estado. En este sentido, es dable recordar que en 1979, el Instituto de Derecho Internacional (IDI/IIL) hizo referencia a que, cuando las partes en un contrato de Estado eligen un derecho nacional o a-nacional, deben prever que las normas de orden público del derecho elegido no perderán su eficacia, atento al carácter que revisten, debiendo las partes (principalmente el inversor) tomar nota sobre los posibles efectos que ello implicaría en la ejecución del contrato, a fin de evitar la colisión de normas¹⁴.

En tal sentido, en ciertas circunstancias, se tornaría excesivo el uso solamente del derecho internacional como pauta de aplicación del derecho. Para los defensores de la aplicación de las normas locales, las normas sustantivas sobre protección de las inversiones contenidas en los TBI deberían ser utilizadas más estrictamente en disputas entre Estados y no tanto entre Estado-inversor. Ello sobre la base de la limitada “subjetividad” de los inversores en el derecho internacional, debiendo acotarse a las normas que las partes expresamente acordaron en los contratos¹⁵. Por su parte, quienes se oponen a esta postura consideran que la renuncia a la protección diplomática que se efectúa a tenor del artículo 27.1° del Convenio debe ser entendida en su constitución como el otorgamiento al inversor de una potestad para que ejerza por sí el derecho internacional en su defensa, dado que de otro modo se frustraría el propósito del Convenio, posición que se comparte, en la medida en que no se efectúe un abuso en la pretensión de la aplicación del derecho internacional sobre normas locales que regulan los acuerdos de inversión de las partes¹⁶.

Pero si bien el derecho local debe jugar un papel importante y esencial al momento de considerar los alcances de las posibles vulneraciones de derecho de las partes, no es menos cierto que si se permitieran interpretaciones puramente locales sobre los alcances de normas de inversiones, sin que sean sopesadas a la luz del derecho internacional, podría llevar a un abuso por parte de los tribunales locales de los Estados involucrados. Como se sostuvo en el asunto “Compañía del Desarrollo de Santa Elena v. Costa Rica”: “(...) En la medida que existan inconsistencias entre dos fuentes de derecho, las normas de derecho público internacional deben prevalecer. De no ser así, en los casos de expropiación, el inversor extranjero se vería privado de la protección otorgada por el derecho internacional y el propósito del Convenio CIADI se vería frustrado en este respecto”¹⁷.

Para quienes adscriben a una preponderancia del derecho internacional, como Weil, independientemente de cuán complejos o multifacéticos puedan ser los inten-

¹⁴ Ver Declaración de Atenas del Instituto de Derecho Internacional (1979). Disponible en: www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF1979_ath_01_fr.PDF.

¹⁵ Sobre el debate de posturas a favor o en contra de los alcances del derecho aplicable en las inversiones, ver: Zambrana-Tevar, N., *La determinación del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*, Ed. Cizur Menor, Navarra - España, 2011.

¹⁶ Cfr. Louterpach, E., “The World Bank Convention on the Settlement of International Investment Disputes”, en *Recueil d’Etudes de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim*, nro. 642, 1968, ps. 655 y ss.

¹⁷ “Compañía del Desarrollo de Santa Elena v. Costa Rica” (caso CIADI nro. ARB/96/1), laudo del 17/2/2000, 15. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 16, párr. 64.

tos de delinear el papel del derecho interno y del derecho internacional, estos debates son realmente inútiles, ya que no importa la forma en que se combine el derecho interno y el derecho internacional; en virtud de la segunda parte del artículo 42.1º, el derecho internacional siempre obtiene prioridad y prevalece. El derecho internacional prevalece en forma indirecta a través de la aplicación del derecho interno cuando éste es considerado un único sistema junto con el derecho internacional o cuando lo incorpora. Además, prevalece en forma directa cuando el derecho interno no lo acepta o sus disposiciones violan el derecho internacional. De esta forma, “en virtud de la segunda parte del art. 42.1º, el derecho internacional tiene la última palabra en todos los casos: el derecho internacional es un todo aplicable y clasificar su función como única, complementaria o correctiva parece ser una distinción sin mayor relevancia”¹⁸.

En lo que respecta a la remisión del derecho internacional privado del Estado receptor a que se ha hecho mención, los tribunales arbitrales casi nunca han aplicado tal remisión legal, al considerar que dichas normas ya integran el plexo normativo del derecho del Estado receptor. Como una excepción a lo aquí expresado, debe recordarse lo manifestado en el asunto “Klöckner v. Camerún”, en donde, al pretender aplicar el derecho del Estado receptor, se efectuó un reenvío al derecho francés, atento a que en el pasado dicho Estado fue colonia francesa, por lo que el derecho francés podía servir como norma interpretativa, atento a que el lugar de celebración del contrato en disputa se encontraba localizado en territorio que antiguamente se regía por normas francesas¹⁹.

La aplicación del derecho a una controversia representan, junto con la determinación de la jurisdicción, los puntos neurálgicos de un proceso arbitral, dado que, según lo resuelto por los árbitros, variarán significativamente los resultados a que las partes pretendían arribar. Incurso en este análisis sobre el derecho a ser utilizado y valorado por los árbitros, es, sin duda, la tensión existente en cuanto a otorgarle mayor validez al derecho internacional o al derecho local, la que está generando movimientos pendulares en la jurisprudencia arbitral. Ello porque el árbitro debe sopesar el contexto de las normas internacionales por las cuales los Estados se han comprometido a respetar al inversor, pero tampoco al riesgo de asumir una posición de menoscabo a los alcances jurídicos de las normas locales, ya que son éstas, a nuestro criterio, las que permiten contextualizar con mayor detalle las exigencias sobre las que se basa la relación Estado-inversor en un acuerdo en particular.

III. PARTICULARIDADES DE LAS REGLAS DE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS Y EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL. ¿FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL?

En cuanto a los alcances de la aplicación del derecho internacional respecto de las normas del Convenio o sobre los TBI, el instrumento básico que debería tomarse para

¹⁸ Weil, P., “The State, the foreign investor and international law: The non longer stormy relationship of a ménage à trois”, 15 ICSID Review 401, ps. 411/412.

¹⁹ “Klöckner (Klöckner Industrie Anlagen GmbH, Klöckner Handelsmaatschappij) v. Camerún”, laudo del 21/10/1983, ICSID Report, vol. 2, 1994, ps. 59 y ss.

la interpretación de dichos tratados, es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados de 1969, a la que prácticamente todos los países han adherido. El artículo 31.3.c) de la Convención señala que los tratados deben interpretarse a la luz de “toda norma pertinente del derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”²⁰. De allí que tanto los tribunales del CIADI como los tribunales nacionales suelen emplear, entre otros argumentos, jurisprudencia y doctrina especializada a fin de interpretar los alcances de principios y normas jurídicas sobre derecho de las inversiones extranjeras que regulen conceptos tales como “abuso de derecho”, “denegación de justicia”, “trato justo y equitativo”, “buena fe”, “estado de necesidad” o “situación de emergencia”, como bases para comprender las obligaciones devenidas del artículo 42 del CIADI como de otros artículos del Convenio, e incluso otros instrumentos internacionales y reglamentos arbitrales²¹.

A partir de una de las primeras decisiones arbitrales internacionales en materia de inversión, en el asunto “Neer v. Estados Unidos Mexicanos”, de 1926, el tribunal sentenció que el estándar mínimo de “trato justo y equitativo” en virtud del derecho internacional consuetudinario se ha entendido tradicionalmente como aquellos actos emprendidos por los Estados en forma negativa que puedan equivaler a una “mala fe, descuido voluntario o falta de debida diligencia”²².

De igual modo, en el asunto “Robert Azinian y otros v. Estados Unidos Mexicanos”, el tribunal sostuvo que una declaración de denegación de justicia puede ser la base de: a) una decisión judicial claramente incompatible con el derecho internacional; b) la falta del debido proceso sustantivo y de procedimiento, incluida la denegación al órgano jurisdiccional competente para conocer de un litigio, la creación de una demora innecesaria, la administración de la justicia de una manera muy insuficiente o adopción de una mala aplicación “clara y maliciosa de la ley”; o c) en algunas circunstancias, una decisión contraria al derecho interno judicial²³.

²⁰ “Art. 31. Regla general de interpretación.” 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.” 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:” a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;” b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.” 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:” a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;” b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;” c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.

²¹ Cfr. Baldwin, E.; Kantor, M y Nolan, M., “Limits to enforcement of ICSID Awards”, *Journal of International Arbitration*, nro. 23 [1], Kluwer Law International, Netherlands, 2006, ps. 18 y ss.

²² UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, Series on issues in International Investment Agreements, vol. 3, 1999, ps. 39/40 (citando al asunto “Neer v. United Mexican States”, 4 RIAA 60, 1926).

²³ “Robert Azinian y otros v. Estados Unidos Mexicanos” (caso nro. ARB(AF)/97/2), laudo del 1/11/1999, 5 ICSID Report. 2000, p. 272. Los demandantes, Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca iniciaron un procedimiento al amparo del capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) en su carácter de accionistas de la sociedad Dese-

Esta relación sobre los alcances e interconexión entre el derecho de las inversiones extranjeras y las normas generales del derecho internacional, en especial el consuetudinario, ha conllevado su análisis por parte de diversos tribunales ad hoc y comités ad hoc en el marco del CIADI al momento de dilucidar las responsabilidades de los Estados por violaciones de los TBI. En particular, los alcances de los TBI en relación con ciertas excepciones a la responsabilidad internacional de los Estados en el marco de los TBI y cómo dichas conductas han sido analizadas a la luz de los artículos 25 y 27 del proyecto sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos en el ámbito de la CDI. Una muestra de ello son las expresiones abordadas por los comités de anulación en los asuntos “CMS”, “Sempra” y “Continental Casualty v. la República Argentina”.

En el primero caso, el Comité de anulación en “CMS” criticó el razonamiento del tribunal en el sentido de confundir los alcances interpretativos del artículo XI del TBI entre la Argentina y EE.UU con normas consuetudinarias del derecho internacional²⁴. El tribunal, en su laudo, había sostenido que el artículo XI del TBI, “impone” la remisión a la normativa internacional consuetudinaria a fin de dilucidar la correcta definición sobre el estado de necesidad como causal exculpatória de la responsabilidad del Estado. Sostuvo, a su vez, que el Estado, frente a esa “guía interpretativa”, sólo tiene que establecer el grado de gravedad que tiene que alcanzar una crisis económica (en este caso) para poner en peligro la seguridad del Estado (párr. 315)²⁵. El Comité señaló que los árbitros del tribunal habían cometido graves errores de derecho, al analizar incorrectamente el estado de necesidad postulado por la Argentina, bajo los alcances interpretativos del artículo 25 del proyecto de responsabilidad de la CDI y no en el contexto del propio TBI, además de considerar erróneamente que los términos de emergencia

chos Sólidos de Naucalpan SA de CV (Desona), que era concesionaria de un contrato para la recolección de desechos de Naucalpan de Juárez. El ayuntamiento revocó la concesión, fundamentando su actuar en una serie de irregularidades detectadas en relación con la conclusión y cumplimiento de la concesión. Después de un procedimiento, se comprobó que, de veintisiete aparentes irregularidades, nueve habían sido probadas. Después de haber perdido dicho procedimiento, así como un amparo en contra de la resolución, los demandantes procedieron a iniciar el procedimiento bajo el TLCAN el día 17 de marzo de 1997.

²⁴ Artículo XI: “El presente tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”.

²⁵ Este caso, al igual que la mayoría de las demandas contra el Estado argentino, se enmarcan en el contexto de la crisis económica y financiera de 2001/2002, por el cual el gobierno federal adoptó una serie de medidas, bajo una ley de emergencia (ley 25.561) por la cual modificó condiciones clave que afectaron a los inversionistas extranjeros, tales como la derogación de la Ley de Convertibilidad Cambiaria (ley 23.928), que igualaba la moneda nacional al valor del dólar estadounidense, y modificó el régimen tarifario de los servicios públicos al “pesificar” las tarifas. El Estado había acordado (a través de cláusulas paraguas) no modificar el régimen tarifario, ya sea congelándolo o sometiéndolo a control de precios, y, en su caso, a compensar por tales daños si se aplicaban dichas medidas. En el caso en particular del TBI Argentina-EE.UU en el marco del artículo II.A.c). Frente a la crisis, el Estado adujo situaciones de gravedad institucional y emergencia económica, por lo que las medidas legislativas impuestas constituían un “estado de necesidad” a fin de salvaguardar la seguridad del Estado y el orden público.

o necesidad del artículo XI del TBI y del artículo 25 del proyecto de responsabilidad de la CDI son “equiparables”.

Se sostuvo, también, que el artículo XI es un requisito de piso: si se cumplen las obligaciones sustantivas bajo el tratado, no tienen aplicación. Por el contrario, el artículo 25 es una excusa que sólo es relevante una vez que ha sido decidido que, de otra forma, dichas obligaciones sustantivas han sido incumplidas. Por otra parte, si el artículo XI resulta aplicable porque la medida en cuestión era necesaria a fin de salvaguardar intereses esenciales de seguridad, el tratado resulta inaplicable a dicha medida. A su vez, si un Estado se ve forzado, por razones de necesidad, a recurrir a una medida que resulta violatoria de una obligación internacional pero que se ajusta a los requisitos enumerados en el artículo 25 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional, el Estado queda libre de la responsabilidad que de otro modo se derivaría de dicho incumplimiento²⁶.

Con similares argumentos, el Comité ad hoc en el asunto “Sempra” afirmó que no son equiparables las circunstancias de emergencia a la luz del TBI que las enunciadas por las normas internacionales consuetudinarias. Enfatizó el Comité que, para indagar la correcta aplicación del derecho en el caso, no bastaba con la mera apreciación general de las circunstancias de las causales enunciadas por el artículo 25 del proyecto de responsabilidad internacional de la CDI, ya que en estos casos el tribunal debió analizar los elementos jurídicos relevantes para una legítima invocación del estado de necesidad que emergen del artículo XI del TBI, cuyas normas prevalecen sobre toda norma internacional consuetudinaria y que ellas sólo constituyen una mera guía interpretativa de los TBI, como ya se había establecido anteriormente.

A su vez, en el asunto “Continental Casualty”, el tribunal que resolvió la diferencia expresó que el principio de estado de necesidad posee una “naturaleza excepcional” y por lo tanto “sólo puede aceptarse en forma excepcional”, atento a que su aplicación está sujeta a “condiciones estrictas”. Por otra parte, se consideró que el artículo XI del TBI era una disposición específica que podría llegar a aplicarse únicamente a las obligaciones particulares relativas a la protección de inversiones en el TBI acordado en forma bilateral. Por ello, el tribunal consideró que el artículo XI del TBI “no está sujeto necesariamente a las mismas condiciones de aplicación que la invocación del estado de necesidad en el marco del derecho internacional general”²⁷. Esta postura fue luego confirmada por el comité ad hoc que revisó el laudo.

En forma inversa, en otras oportunidades se han utilizado las normas generales del derecho internacional al momento de analizar los alcances de ciertos términos.

Respecto de los alcances del término de buena fe, el comité ad hoc en el asunto “Enron” ha sostenido que una interpretación de buena fe del artículo 53.1° del Convenio del CIADI conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin, “(...) esa disposición impone a la Argentina, para el caso de que el laudo no sea anulado, una obligación de derecho internacional frente a los Estados Unidos de acatar y cumplir las disposiciones del laudo, sin necesidad de acto alguno de parte de las demandantes conforme al mecanis-

²⁶ “CMS”, sentencia de anulación, párr. 129.

²⁷ “Continental Casualty Company v. Argentina” (caso CIADI nro. ARB/03/9), laudo del 5/9/2008, párr. 167.

mo de ejecución previsto en la legislación argentina al que se refiere el artículo 54 del Convenio del CIADI”²⁸. Aunque en algunos casos esa constatación pareciera endeble. En el caso aludido, el comité ad hoc remarcó que “A los efectos del artículo 31.3.b) de la Convención de Viena, el Comité concluye que esa interpretación parece estar confirmada por la práctica subsiguiente observada por los Estados para la aplicación del Convenio del CIADI”²⁹. Es llamativa esta última apreciación del comité en el sentido de realizar una interpretación con base en conclusiones de suposiciones sobre los alcances de las prácticas que los Estados vendrían realizando sobre los alcances de los mecanismos de reconocimiento y ejecución de los laudos, atento a que de un tribunal se esperan certezas y constatación más que suposiciones.

A su vez, sobre los alcances interpretativos del art. 53.1º, se ha sostenido que “a los efectos del artículo 32 de la Convención de Viena, el Comité no considera que el sentido del artículo 53.1º del Convenio del CIADI, interpretado conforme al artículo 31 de la Convención de Viena, sea en absoluto ambiguo u oscuro, o que de algún modo conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. Por lo tanto no considera necesario, para determinar el sentido del artículo 53.1º, recurrir a medios de interpretación complementarios, aunque éstos puedan confirmar el sentido que resulta de la aplicación del artículo 31 de la Convención de Viena”³⁰. Recordemos que estas normas de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados conforman reglas del derecho internacional consuetudinario de interpretación de tratados, y en el sentido que las normas a interpretar deben serlo a la luz de la vigencia de éstos, a la fecha del texto adoptado³¹.

A su vez, y a fin de enunciar sobre los alcances interpretativos del derecho internacional general en los temas de análisis, basta con recordar que los propios tribunales han enfatizado esta posición en causas anteriores. Al momento de interpretar los alcances de un TBI, el tribunal, en el caso “Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. República de Sri Lanka”, estableció una serie de pautas hermenéuticas, entre las que manifestó: “(...) D) Además de una interpretación comprensiva del tratado como un todo, los principios del derecho internacional pueden ser considerados como una guía importante para desentrañar el verdadero significado de una cláusula (...)”³².

Estas disposiciones sobre las que se basan los tribunales arbitrales respecto del marco interpretativo de los tratados de inversión, ya sea que lo cimenten principalmente en los alcances propios que se quiso dar a éstos y al Convenio o en el derecho internacional general, nos transporta al debate sobre el valor jerárquico de las normas generales y particulares dentro del derecho internacional, disputa propia de la denominada “fragmentación del derecho internacional”. Para quienes propugnan un apego

²⁸ “Enron Corporation. Ponderosa Asssets L.P. V. v. Argentina” (caso CIADI nro. ARB/01/3), párr. 69.

²⁹ “Enron Corporation. Ponderosa Asssets L.P. V. v. Argentina” (caso CIADI nro. / ARB/01/3), Decisión sobre Solicitud de la República Argentina de Mantener la Suspensión de la Ejecución del Laudo, decisión del 7/10/2008, párrs. 69 y 70. El destacado nos pertenece.

³⁰ *Ibidem* 164, párr. 72.

³¹ V.gr., CIJ, *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v Malaysia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, ps. 625, 645/646, párr. 37.

³² “Asian Agricultural Products Ltd. v. República de Sri Lanka” (caso CIADI nro. ARB/87/3), decisión final adoptada el 21/6/1990, ILM (577), 1991.

irrestringido a las normas internacionales (sobre todos los Estados), basta con recordar las expresiones de Verdross, en el sentido de que la interpretación auténtica de los tratados es aquella dada por los propios Estados soberanos, en donde debe primar por sobre las interpretaciones judiciales (o arbitrales en este caso)³³. Sin embargo, tiempo ha pasado desde el momento de tales aseveraciones y cada vez más, los “sub-sistemas” jurídicos alcanzan un mayor grado de especialización sobre el alcance de sus normas, que no siempre concuerdan con las interpretaciones de las normas del derecho internacional general.

El derecho internacional experimentó en la segunda mitad del siglo XX un intenso proceso de fragmentación. Varios factores han sido responsables del surgimiento de nuevos “sistemas normativos”, entre ellos la mayor proliferación de nuevas reglas en las instituciones propias de la globalización, la expansión de áreas del derecho que hasta ese momento no alcanzaban un grado de especialidad, tales como el medio ambiente, el comercio internacional (en particular el régimen de la OMC), el derecho penal internacional y claramente el de las inversiones extranjeras, a lo que se debe sumar el impacto de las normas surgidas de los ámbitos regionales, principalmente de los procesos de integración³⁴. Esa misma fragmentación, que ya en su momento autores como Jenk darían cuenta del fenómeno y, posteriormente, Tauhner y Fischer-Lescano, aplicando la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann, profundizarían, no tanto por razones de divergencias territoriales sino más bien por ámbitos sectoriales, en donde se enfatiza la proliferación de normas e instituciones que procuran alcanzar grados de “autonomía”, con los consecuentes conflictos que surgen entre dichos regímenes y las normas generales del derecho internacional³⁵.

Cabe recordar que el estudio de la fragmentación del derecho internacional, como preocupación jurídica frente a las transposiciones de normas generales y particulares, como así también los efectos del derecho intertemporal en lo que hace a los alcances interpretativos de los tratados internacionales, fue abordado por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (VIª Comisión de la Asamblea General) en forma particular a partir del año 2000³⁶. Parte de esas diferencias interpretativas surge, en concreto, en poder establecer los alcances que las normas dispositivas (en este caso en particular) tienen en su contexto, ya sea que éstas hayan surgido de una expresión por el acuerdo de voluntad de las partes o bien fruto de la costumbre, es decir, la práctica constante y reiterada de los sujetos de derecho internacional, con conciencia de obligatoriedad³⁷.

³³ Cfr. Verdross, A., *Derecho Internacional Público*, Ed. Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 159.

³⁴ Cfr. Pauwelyn, J., *Conflict of norms in Public International Law*, Cambridge, 2003.

³⁵ Cfr. Jenk, W., *The Conflicts of Law-Making Treaties*. *British Yearbook of International Law*, vol. 30, 1953; Teunber, G. y Fischer-Lescano, A., “Regime-collisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of global Law”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, nro. 4, An Arbor, 2004, ps. 999 y ss.

³⁶ 1º Informe CDI, “Riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional”, A/55/10. 52º Período de Sesiones, Anexo, ps. 294 y ss. Entre los relatores designados para tal función podemos aludir a Gerhard Hafner, Bruno Simma y Martti Koskeniemi.

³⁷ Sobre este punto, ver: Gutiérrez Posse, H., “Fragmentación del derecho internacional. Consideraciones de la cuestión sobre la perspectiva de la Convención de Viena sobre Derecho

Estos conflictos normativos que se pueden presentar al momento de aplicar o interpretar el derecho internacional a la luz de otras normas internacionales han sido, en el ámbito de las inversiones extranjeras, abordados desde el fenómeno de la conjunción de criterios o dualidades en base a las reglas de la *lex specialis*, que aunque no fue originalmente contenida en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, actualmente forma parte del derecho internacional, entendida como “cierta costumbre” internacional e incluso reconocida cada vez más por tribunales internacionales.

Estas normas se han consolidado en el marco de regímenes especiales y, en diversos casos, terminan siendo aplicadas sobre normas generales del derecho internacional, atento a su abordaje más específico, aunque no por ello infalible. Pero estos regímenes especiales, en el ámbito del derecho, en cierta medida más que producir una dispersión negativa como fruto de la fragmentación, permiten que el desarrollo de las normas de los “sub-sistemas” ahonden en una mayor precisión sobre el sentido y alcance de las normas a fin de “iluminar” el camino de los tribunales, aunque a veces esas “especificidades” pueden llevar a la búsqueda de una imposición de normas o prácticas especiales que no conciben con lo planteado por el derecho internacional general en la actualidad.

En el ámbito de la proliferación de los TBI, en contraposición a las normas multilaterales (ante el fracaso del Acuerdo Multilateral sobre Inversores), se puede apreciar cómo a través de los tribunales especializados se ha procurado consolidar la interpretación de ciertas normas de los TBI con significados particulares que en algunos aspectos, si bien no serían contradictorias, al menos difieren sobre el sentido de ciertas reglas o prácticas del derecho internacional general o consuetudinario. Se procura así elevar a ciertas reglas o prácticas de las inversiones extranjeras en “costumbre internacional”, a pesar de que aquéllas devendrían de una práctica de carácter no universal.

En el 56° período de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas, el informe del presidente del Grupo de Estudios de la CDI sobre la función y el alcance de la norma de la *lex specialis*, el Prof. Martti Koskenniemi, expresó que existían dos maneras en que el derecho tenía en cuenta la relación de una norma particular con una general. En el primer caso, la norma especial podía verse como una ampliación, profundización o actualización de una norma general. En el segundo, la norma especial se consideraba, por el contrario, como una modificación, regulación o exclusión de una norma general. Sin embargo, consideró que a menudo es imposible decidir si una norma debía considerarse como “ampliación” o “exclusión” de otra norma. No obstante, en su considerando sexto, enfatizó que en su mayor parte el derecho internacional general era de carácter dispositivo, vale decir, que la *lex specialis* podía dejarlo sin efecto. Pero que hay circunstancias en que el derecho general prohibía expresamente cualquier modificación que lo dejara sin efecto. El caso más conocido es el *ius cogens*³⁸.

de los Tratados”, en Barbosa, J. (coord.), *Temas recientes de la Comisión de Derecho Internacional*. En homenaje al 60° aniversario de la creación de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Ed. CARI, Buenos Aires, 2007, ps. 81 y ss.; Drnas de Clement, Z., “Derechos especiales - regímenes autónomos y el derecho internacional”, *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional*, vol. I, nro. 1, 2001. Disponible en www.revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/issue/view/38.

³⁸ ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.1, del 7/5/2004.

Ante esta realidad, que parece no tener un regreso hacia la universalidad del derecho internacional, se torna cada vez más imperioso realizar una interpretación más armoniosa de las normas, lo que, en palabras de Jayme, debería ser considerado como el “necesario diálogo de fuentes” para una mayor eficacia y coordinación en la aplicación del derecho y de la justicia, al menos en un criterio horizontal de las normas o fuentes³⁹.

A su vez, en lo que respecta a las disparidades en las decisiones de los tribunales especializados, es oportuno remarcar también las críticas a la falta de uniformidad en los fallos del CIADI, sobre todo en aquellos casos en los que, frente a casos similares, los tribunales han sido contradictorios en sus laudos.

Un ejemplo de ello, al igual que en los denominados “casos checos” (“Lauder” y “CME”, entre otros), son los asuntos “CMS” y “LG&E v. Argentina”, en donde no sólo frente a situaciones fácticas y legales similares se arribó a resultados parcialmente diferentes, sino también en procesos donde un mismo árbitro llegó a conclusiones diferentes. En igual sentido, en los asuntos “LG&E” y “Enron”, se arribó a posturas parcialmente divergentes. En el caso particular de uno de los árbitros, a pesar de laudar parcialmente a favor del Estado argentino en el asunto “LG&E”, reconociendo la existencia de un estado de necesidad durante un plazo determinado, luego, al dictaminar en el asunto “Enron”, el árbitro Van der Berg omitió toda alusión a esa misma característica, siendo que las situaciones planteadas por el Estado para excepcionarse de la responsabilidad internacional fueron las mismas.

Esto ha dado pie a considerar si en el caso del arbitraje de inversión debiera aplicarse la doctrina del “stare decisis”⁴⁰ o, al menos, la búsqueda de parámetros de armonización de la jurisprudencia. Si bien fue analizada en los “travaux préparatoires”, esta doctrina del stare decisis no logró unanimidad para su inclusión en razón de que, si bien constituye una práctica en el sistema anglosajón, no posee idénticos alcances interpretativos en los demás sistemas jurídicos de los Estados integrantes del Convenio. Sin embargo, habitualmente los tribunales y comités ad hoc suelen referirse y, en algunos casos, basan sus decisiones sobre los considerandos de laudos anteriores, aunque no estén obligados a ello, acorde con el Convenio y las reglas procesales⁴¹.

La falta de un órgano que armonice la jurisprudencia de estos tribunales implica un riesgo que conlleva a inconsistencias en algunos laudos. Como ejemplo de estas contradicciones, se puede aludir al asunto “SGS v. Pakistán”, en donde el tribunal refirió

³⁹ Cfr. Jayme, E. “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, Recueil des Cours, vol. 251, Académie de Droit International de La Haye, 1995, ps. 60-25. Ver también: Do Amaral Junior, A., El “diálogo de fuentes: fragmentación y coherencia en el derecho internacional contemporáneo”, Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho, año 7, nro. 13, Rubinzal-Culzoni, 2009, ps. 71 y ss.

⁴⁰ Se entiende como la obligatoriedad de los precedentes judiciales (arbitrales). Principio jurídico anglosajón conforme al cual los tribunales deben basar sus decisiones en las resoluciones jurisprudenciales precedentes. Cfr. Garner, B., Black’s Dictionary, 8ª ed., Thomson, 2007, p. 1443.

⁴¹ “Gas Natural v. Argentina” (caso CIADI nro. ARB/03/10), decisión sobre jurisdicción, 17/6/2005, párrs. 36/51; “El Paso v. Argentina”, (caso CIADI nro. ARB/03/15), decisión sobre jurisdicción, 27/4/2006, párr. 39; asunto “ADC v. Hungría” (caso CIADI nro. ARB/03/16), laudo del 2/10/2006, párr. 293.

que estas inconsistencias podrían afectar directamente al momento que un laudo fuera acatado como obligatorio por las partes⁴². Aunque es cierto que en un caso de manifiesta arbitrariedad sobre la falta de aplicación del derecho las partes pueden acudir al recurso de anulación al que se hará referencia.

IV. REFLEXIONES FINALES

Al no existir una práctica que armonice los alcances interpretativos del derecho aplicable a las inversiones en el ámbito del arbitraje de inversión (sin que ello implique la aplicación de un “stare decisis”), cada tribunal o comité ad hoc, al resolver el caso, suele arribar a diferentes interpretaciones sobre los alcances de los términos de los TBI y demás normas complementarias, incluso sobre hechos similares, derecho aplicable o sujetos intervinientes. Esta realidad debería ser modificada, ya que tiende a una mayor imprevisibilidad sobre los alcances interpretativos que los árbitros efectúan en el asunto abordado, no generando, a su vez, confianza en el sistema arbitral, principalmente entre los Estados Partes, de los cuales algunos han optado por retirarse del Convenio. Estas fluctuantes diferencias de interpretación entre los alcances establecidos por los Estados Partes en los TBI, en el marco del derecho internacional y el sentido que algunos tribunales o comités ad hoc en el ámbito del CIADI han efectuado, tiende a una inevitable fragmentación del derecho internacional, en razón de que, bajo el argumento de la prevalencia de la *lex specialis* del sistema del derecho internacional de las inversiones extranjeras, dicho derecho termina siendo “creado o reinterpretado”, por lo que los tribunales arbitrales dictaminan qué debe entenderse en un TBI y no por el alcance que los Estados Partes pretendieron darle en su momento.

⁴² “SGS v. Paquistán” (caso CIADI nro. ARB/01/13), laudo sobre jurisdicción del 6/8/2003.