

Estado de excepción de alarma por la calamidad pública del Covid-19 y sus efectos en el arbitraje de inversiones

Román J. Duque Corredor*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 1, 2020. pp. 211-222

Resumen: El presente trabajo contiene un desarrollo de los principios de la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos y de las causales de su exclusión, principalmente la del estado de necesidad, en relación con la emergencia de la pandemia del Covid-19. Asimismo, trata el estándar del derecho internacional del trato justo y equitativo como parámetro para ponderar las condiciones del estado de necesidad en esta emergencia, al igual que se contiene referencias a la carga de la prueba de esta causal y la jurisprudencia contenida en algunos laudos arbitrales que tratan de esta materia. También se refiere a la Resolución de la Asamblea General de la ONU sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos del 12 de diciembre de 2001 (AG/56/83), al aprobar el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de dicha Organización.

Palabras claves: Responsabilidad del Estado por hechos ilícitos. Trato justo y equitativo en inversiones extranjeras. Carga de la prueba del estado de necesidad. Estado de excepción por alarma. Cláusulas de exoneración de responsabilidad de los estados. Comisión de Derecho Internacional de la ONU.

State of emergency of alarm due to the public calamity of Covid-19 and its effects on investment arbitration

Abstract: *This paper contains a development of the principles of State responsibility for illicit acts and the reasons for their exclusion, mainly that of the state of necessity, in relation to the emergency of the Covid-19 pandemic. Likewise, it treats the international law standard of fair and equitable treatment as a parameter to weigh the conditions of the state of necessity in this emergency, as well as contains references to the burden of proof of this cause and the jurisprudence contained in some awards arbitrators dealing with this matter. It also refers to the Resolution of the UN General Assembly on State Responsibility for internationally wrongful acts of December 12, 2001 (AG / 56/83), when approving the draft articles on State responsibility for internationally wrongful acts, prepared by the International Law Commission of said Organization.*

Keywords: *State responsibility for illegal acts. Fair and equitable treatment in foreign investments. Burden of proof of the state of necessity. State of exception due to alarm. State liability exemption clauses. UN International Law Commission.*

Autor invitado

* Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia. Individuo de Numero de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Expresidente de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

Estado de excepción de alarma por la calamidad pública del Covid-19 y sus efectos en el arbitraje de inversiones

Román J. Duque Corredor*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 1, 2020. pp. 211-222

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1.- El principio de trato justo y equitativo y los límites de la exclusión de la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos. 2.- Aplicabilidad del derecho internacional en los casos de reclamos por responsabilidad del Estado. 3.- El estado de necesidad como defensa en los casos de graves crisis. 4.- La pandemia del COVID-19 como justificación del estado de necesidad. CONCLUSIÓN

INTRODUCCIÓN

La calamidad pública por la pandemia del Covid-19, que determinó el estado de excepción en Venezuela, bajo la categorización de un caso de alarma prorrogado hasta la presente fecha; implica restricciones en el ejercicio de los derechos y garantías consagrados en la Constitución, salvo las indicadas en el artículo 337, de la misma Constitución y en el artículo 7º, de la Ley Orgánica de Estados de Excepción, es decir, las referentes a los derechos a la vida, la prohibición de incomunicación o tortura, el derecho a la información, así como la relativa a la garantía del debido proceso y los demás derechos humanos intangibles; y sin que ello signifique la no aplicación de las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como lo advierte el artículo 339 de la misma Constitución.

Por tanto, el referido estado de excepción afecta las actividades públicas y privadas. Por esta circunstancia, que sin duda limita las actividades económicas de los Estados, es posible que surjan reclamos por violaciones de tratados de protección de inversión extranjera y la interrogante sobre qué efectos puede tener en esta materia, es decir, las consecuencias procesales que estos estados de excepción determinan en el arbitraje. Sobre todo, en los casos de calamidad pública que, por afectar la salud de una nación, los Estados dictan medidas que limitan las actividades económicas, entre ellas las de servicios comerciales, de la industria y la del tráfico mercantil nacional y externo.

* Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Expresidente de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

Por ejemplo, la de ocupar empresas o sus equipos o dependencias; o de limitar sus operaciones de procesamiento o de transporte externo, de importación o de exportación. Medidas que también pueden representar la no ejecución de proyectos de inversiones extranjeras. O regulaciones, por ejemplo, las de controles cambiarios que obstaculizan la repatriación de sus beneficios o utilidades. Y hasta medidas de nacionalización o estatización de los activos de los inversionistas extranjeros o cambios de las regulaciones económicas vigentes, con fundamento en el marco jurídico del estado de excepción.

Estas medidas pueden perjudicar la protección de los inversores extranjeros que podrían reclamar la responsabilidad de los Estados, los cuales ante esa exigencia pueden acudir a la eximente de su responsabilidad por casos de estado de necesidad para erradicar la calamidad pública. Ante tal defensa, los inversionistas extranjeros pueden invocar el trato justo y equitativo (FET, siglas en inglés de Fair and Equitable Treatment) respecto de la protección de sus inversiones y de su desarrollo futuro, que los Tratados en esta materia incorporan como principio y que en la práctica arbitral se ha sostenido en los casos de crisis económica y que, sin duda, cobra mayor vigencia en los supuestos de calamidades públicas en las pandemias mundiales, como la del Covid-19.

Por ello la conceptualización de esta causal del estado de necesidad y del estándar internacional del trato justo y equitativo son de importancia en la actualidad para el derecho arbitral. Materia esta que importa también para el derecho internacional público, como lo sostiene la ONU en la Resolución de su Asamblea General sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos del 12 de diciembre de 2001 (AG/56/83), al aprobar el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de dicha Organización¹.

1. El principio de trato justo y equitativo y los límites de la exclusión de la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos.

La consagración de este estándar del trato justo y equitativo con relación a la discrecionalidad de su interpretación por los árbitros y su relevancia en la sistemática y alcance en el contexto del Tratado respectivo de inversión, resultan determinantes para la aplicación de la eximente del estado de necesidad; puesto que el trato justo y equitativo de acuerdo con la doctrina arbitral pretende asegurar que los inversores extranjeros no sean tratados injustamente, sino con la debida consideración a todas las circunstancias².

¹ Resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (AG/56/83). Disponible en: <https://www.dipublico.org/4076/responsabilidad-del-estado-por-hechos-internacionalmente-ilicitos-ag5683/>

² *Swisslion DOO Skopje v. Macedonia*, Caso CIADI No. ARB / 16/09, Laudo, 6 julio 2012, 273.

Por ejemplo, como se señala en el Boletín Información de Arbitraje Internacional del 27/03/2020³, la mayoría de los casos relativos a la aplicación de este estándar fueron objeto de decisiones arbitrales con motivo de la crisis económica de Argentina de 2000-2001. En un caso se excluyó la responsabilidad del Estado argentino por daños causados a inversores extranjeros al aceptarse la defensa de un estado de necesidad. Y, en otro caso, el tribunal arbitral no aceptó esta defensa al concluir que el Estado argentino había incumplido con su obligación del trato justo y equitativo, porque *“fue demasiado lejos al dismantelar completamente el marco legal construido para atraer inversores”*⁴.

Es decir, la ponderación de la proporcionalidad de las restricciones derivadas del estado de necesidad fue el criterio para considerar injusto el trato recibido por los inversores. Por ello, es necesario precisar la defensa de estado de necesidad como eximente o justificación por parte de los Estados del no cumplimiento de dicho estándar internacional. En mi criterio, la Resolución de la Asamblea General de la ONU sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos del 12 de diciembre de 2001 (AG/56/83), antes citada, puede servir como principio general de orientación para la práctica arbitral sobre las causales de exclusión de ilicitud en la responsabilidad internacional del Estado en materia de compromisos económicos en los casos de reclamaciones contra los Estados en materia de inversiones extranjeras.

2. Aplicabilidad del derecho internacional en los casos de reclamos por responsabilidad del Estado.

El principio de que todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional es hoy día un presupuesto indiscutible, tanto para el derecho internacional público como para el derecho de inversiones extranjeras, por lo que su conceptualización reviste gran importancia en las relaciones entre los Estados y entre estos y los particulares. Esta Responsabilidad puede consistir en una acción u omisión, es decir, en un comportamiento atribuible a un Estado, que constituye una violación de una obligación internacional, cuya calificación como hecho internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional sin que pueda ser afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.

Por su trascendencia internacional, la Asamblea General de la ONU, en su Resolución AG/56/83, antes citada, llama la atención a los gobiernos sobre el debido tratamiento de este principio de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmen-

³ «La pandemia de COVID-19 y el arbitraje de inversiones», Arbitraje Internacional, acceso el 11 de enero de 2021, <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/the-covid-19-pandemic-and-investment-arbitration/>

⁴ LG&E Energy Corporation v. República argentina, Caso CIADI No. ARB / 02/01, Laudo, 25 julio 2007, 109. / LG&E Energy Corporation v. República argentina, Caso CIADI No. ARB / 02/01, Decisión sobre responsabilidad, 3 octubre 2006, 259 (Vid, La pandemia de COVID-19 y el arbitraje de inversiones, citado en la Nota anterior)

te ilícitos, entendiendo por Estado a todo órgano o toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole propias del poder del Estado. Y entendiendo por hecho ilícito al comportamiento de un órgano del Estado por el que se excede en su competencia o contraviene el derecho internacional.

Se incluye como ilicitud a la **violación de una obligación internacional**, mediante una serie de acciones u omisiones, definidas en su conjunto como ilícitas y que tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir un hecho ilícito⁵. Como principio universal estos criterios rigen no solo en las relaciones entre los Estados, sino también entre Estados y los particulares, concretamente, para la solución de controversias surgidas entre *inversionistas y el Estado*, es decir, en el derecho arbitral de la inversión extranjera. Por ejemplo, el artículo 42 del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones [CIADI], reconoce como normas aplicables por el tribunal arbitral las del derecho internacional público que puedan ser aplicables. Y con mayor razón si tal aplicabilidad se contempla en un Acuerdo Bilateral de Inversiones.

3. El estado de necesidad como defensa en los casos de graves crisis.

Ahora bien, también el derecho internacional contempla reglas respecto de las circunstancias que excluyen la responsabilidad por la ilicitud, dentro de las cuales, además del consentimiento válido de otro Estado de la medida lícita de legítima defensa tomada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, se incluyen la fuerza mayor, el peligro extremo y el estado de necesidad⁶.

La invocación de alguna de estas circunstancias, por otro lado, no excluye la responsabilidad aun cuando la ilicitud haya dejado de existir, ni tampoco impide la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión, en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución de la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, porque sea materialmente posible y porque no entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que se derivaría de la restitución en vez de la indemnización. De los motivos de la exclusión de la responsabilidad del Estado, en los casos de graves crisis económicas o de calamidades públicas, el estado de necesidad es la defensa que invocan los Estados en la práctica de la materia

⁵ Las obligaciones internacionales pueden ser establecidas por una norma consuetudinaria de derecho internacional, por un tratado o por un principio general aplicable en el marco del ordenamiento jurídico internacional. Vid, Naciones Unidas, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (Nueva York: Naciones Unidas, 2007), acceso el 11 de enero de 2011, https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf

⁶ La existencia en un caso determinado de una circunstancia que excluye la ilicitud de acuerdo con el presente capítulo constituye una defensa contra una reclamación por el incumplimiento de una obligación internacional, que, de mediar esa defensa, estaría bien fundada. Esas seis circunstancias son: el consentimiento, la legítima defensa, las contramedidas, la fuerza mayor, el peligro extremo y el estado de necesidad. Vid, Naciones Unidas, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*

arbitral de inversión extranjera. Por esta razón, haré breves comentarios sobre el estado de necesidad en los casos de estado de excepción de alarma por calamidad pública en esta materia.

Aunque genéricamente cabe dentro del concepto de causa extraña no imputable, y en este concepto como un caso de fuerza mayor, sin embargo, el derecho internacional trata separadamente el estado de necesidad como motivo de exclusión de la responsabilidad del Estado por un hecho ilícito, en razón de que no supone un comportamiento involuntario o impuesto. En efecto, este motivo se configura si este hecho es el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente que, además, no afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto. Y, siempre que una obligación internacional no excluya la posibilidad de invocar el estado de necesidad, o que el Estado no haya contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

Los Estados invocan el estado de necesidad por la protección de intereses generales, como la salvaguardia del medio ambiente, la preservación de la existencia misma del Estado y de su población en un momento de emergencia pública, o la garantía de la seguridad de una población civil, y en casos de crisis humanitarias. Además de que el estado de necesidad difiere de la fuerza mayor porque no es un hecho impuesto o involuntario, sino un comportamiento justificado para evitar o precaver un grave peligro para los intereses esenciales del propio Estado, y por ello es una excepción al principio del derecho internacional de la responsabilidad del Estado por sus acciones⁷.

Y, por cuanto, surge cuando existe un conflicto, de momento irreconciliable, entre un interés esencial, por una parte, y una obligación del Estado que invoca la necesidad, por la otra. Por esta circunstancia, el estado de necesidad sólo podrá alegarse raras veces para excusar el incumplimiento de una obligación y que está sometido a limitaciones estrictas para prevenir cualquier posible abuso.

Por tanto, la doctrina predominante admite la excepcionalidad del estado de necesidad como motivo de exclusión de responsabilidad por la ilicitud en condiciones muy limitadas⁸. Por ejemplo, la protección de la población en casos de emergencia o calamidad pública, o la garantía de su seguridad. La condición de la excepcionalidad y su interpretación estricta se exige para evitar su ejercicio abusivo. Es decir, como se establece en el artículo 62 de la Convención de Viena de 1969, se trata de un cambio fundamental en las circunstancias que imposibilita justificadamente el cumplimiento de una obligación internacional.

⁷ Principio que también es acogido por el derecho constitucional interno. Por ejemplo, el artículo 140 de la Constitución venezolana vigente.

⁸ Vid, Naciones Unidas, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, P. 85.

4. La pandemia del COVID-19 como justificación del estado de necesidad.

No cabe duda de que, la pandemia de COVID-19 puede significar peligros a la vida y la salud de la población y una amenaza inminente, si los Estados no adoptan medidas de preservación que ciertamente le impiden cumplir con sus tratados de inversión y no por otras causas diferentes, como la de fuerza mayor que impide cumplirlas por ser natural y materialmente imposible, independientemente de la causa de la crisis por la pandemia. La defensa propia en estos casos de inversiones extranjeras es la del estado de necesidad y no la de la fuerza mayor.

Así, por ejemplo, en el Caso *National Grid plc v. La República Argentina*, el tribunal arbitral estableció que un interés esencial alegado como justificación del estado de necesidad con relación a la protección de la salud depende de las circunstancias de cada caso⁹.

Sin embargo, dada la excepcionalidad del estado de necesidad para el incumplimiento de una obligación que materialmente es imposible de cumplir, es necesario ponderar sus condiciones o límites para admitir la exclusión de la responsabilidad del Estado, si las medidas adoptadas son el único medio para salvaguardar el interés esencial de la salud de la población. Porque si no lo son, ante otras opciones, el estado de necesidad no puede ser admitido para excluir la responsabilidad del Estado. Por su parte, en el caso *Gabcikovo-Nagymaros*¹⁰, la Corte Internacional de Justicia examinó si existió un estado de necesidad que permitiera a Hungría suspender la construcción de un sistema de represas por medio de una inversión conjunta mediante un Tratado celebrado con Checoslovaquia y, al respecto, no admitió el estado de necesidad porque consideró que los peligros ambientales invocados por Hungría no estaban suficientemente establecidos, ni eran inminentes; y que además Hungría disponía en ese momento de otros medios, sin que fuera necesario abandonar los trabajos; circunstancias estas que son condiciones necesarias para invocar un estado de necesidad. En mi concepto, las condiciones o límites del estado de necesidad son el criterio para valorar o no el estándar del trato justo y equitativo en estos casos.

Ahora bien, la naturaleza económica o financiera de las obligaciones de los Tratados de Inversión y las causas del estado de necesidad por interés social, por ejemplo, la salvaguarda de intereses humanitarios, ambientales, salubridad e integridad territorial, no son de índole económica como lo sería, por ejemplo, una crisis monetaria; lo cual introduce en su análisis como variante el tipo de obligación y la causa real del estado

⁹ Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter the "UNCITRAL Rules"). Caso CNUDMI No. 1:09 cv 00248 RBW, Laudo, 3 de noviembre 2008, 245).

¹⁰ «Caso relativo al Proyecto Gabcikovo-Nagymaros (Hungría contra Eslovaquia)». Acceso el 11 de enero de 2021, <https://www.dipublico.org/cij/doc/107.pdf>. / «Síntesis del Caso Concerniente al Proyecto Gabcikovo Nagymaros» Unión para la Apertura Universitaria – Derecho, acceso el 11 de enero de 2021, http://upauderecho2.blogspot.com/2008/08/sintesis-del-caso-concerniente-al_17.html

de necesidad para el tratamiento de este motivo de exclusión de la responsabilidad de los Estados, por lo que es objeto de discusiones doctrinarias y de una diversidad de jurisprudencias.

En efecto, respecto del análisis de este motivo se pondera tanto el contenido de la obligación, como también la causa del incumplimiento, es decir, de la necesidad por un interés social y no económico. La doctrina y la jurisprudencia aceptan para el examen de esta defensa del Estado la aplicación del régimen del derecho internacional, no solo para cuando el respectivo Tratado de Inversión no contemple disposición alguna respecto de la aplicación del estado de necesidad, sino también cuando contenga una regulación sobre los motivos de exclusión de la responsabilidad del Estado, o los supuestos de interés social que el Estado puede invocar, puesto que no obstante ser el Tratado de aplicación preferente, sin embargo, el derecho internacional es fuente subsidiaria o supletoria. Ello conforme al criterio interpretativo de diversos laudos que, si bien la necesidad invocada debe analizarse a la luz de la regulación de los Tratados de Inversión, para mayor fundamentación también han de aplicarse las condiciones establecidas por el derecho internacional¹¹.

Es decir, examinar si en estos Tratados se contienen disposiciones sobre los intereses del Estado como la causal del estado de necesidad, consentidos por las partes; pero también los límites contemplados por el orden internacional, para que el solo interés del Estado no sea lo determinante de su aceptación. Que como expresé anteriormente, estos límites son los parámetros del estándar del trato justo y equitativo. Por ejemplo, en casos ante el CIADI, la República Argentina adujo una crisis de orden monetario al invocar el estado de necesidad como causa para adoptar medidas de alcance económico, y se consideró que el Tratado facultaba al Estado receptor de la inversión para invocar esta causal, conforme al cual debía evaluarse la necesidad por estas circunstancias económicas (*Argentina – United States of America Bilateral Investment Treaty 1991*)¹². Otro aspecto, es el relativo a la carga de la prueba de las condiciones del estado de necesidad, sobre el cual se discute si ha de ser el Estado

¹¹ Por ejemplo, el Laudo del Caso *Enron y Sempra* fue anulado por no haber aplicado las normas del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional.

¹² Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina relativo al fomento y la protección recíproca de las inversiones de 1991. Consultar en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/127/download> <https://investmentpolicy.unctad.org/internationalinvestmentagreements/treaties/bit/162/argentina--united-states-of-america-bit-1991->

quien ha de probarlos; o si, es el inversionista, el que debe desvirtuar la necesidad invocada por el Estado y el exceso o abuso de las medidas adoptadas para solucionar la necesidad¹³.

En protección a la vida y la salud de la población por la pandemia del Covid-19 declarada el 11 de marzo de 2020 por la Organización Mundial de la Salud (OMS), los Estados adoptan medidas que podrían alegar como justificación del estado de necesidad como defensa ante los reclamos por incumplimiento de los Tratados de Inversión. En virtud de esta pandemia, la mencionada Organización (OMS) exhortó a los Estados a “tomar medidas urgentes y agresivas”¹⁴. Dichas medidas tienen impacto económico, puesto que como dicen los especialistas ocasionan una desaceleración significativa en la economía global; en razón de que además del distanciamiento social, son restricciones de viajes, el cierre obligatorio de comercios no esenciales y restricciones estrictas a la circulación y al transporte de personas y de bienes.

En otros casos, algunos de los Estados requieren los equipos de manufactura, depósitos e instalaciones; o son objeto de nacionalización en la lucha contra el Covid-19. Y como el incumplimiento de las medidas de este estado de emergencia es sancionado hasta penalmente, los inversionistas deben tomar decisiones que afectan significativamente sus operaciones y su desarrollo financiero futuro. Tales medidas puedan dar lugar a reclamos de inversionistas que consideren que se ha violado el principio del trato justo y equitativo en perjuicio de sus derechos. Es decir, que las medidas por la lucha contra el Covid-19 incumplan los estándares de protección que se encuentran en los Tratados de Inversión, entre otros, la prohibición de expropiación sin compensación; o los casos, por ejemplo, de cierres forzosos de los comercios o la clasificación de la actividad empresarial como “no esencial”; o lo desproporcionado de las medidas, que podrían significar una expropiación indirecta. O la prohibición de trato discriminatorio y desigual en el otorgamiento de los planes de ayuda estatal en comparación con otras empresas o con empresas del Estado. Reclamos estos que podría basarse en cláusulas de los Tratados que de forma amplia y general se refieren a la emergencia nacional como una base para las reclamaciones.

¹³ Por ejemplo, en el Laudo Caso *LG&E* se dice que la carga de la prueba sobre los límites de la defensa de la necesidad corresponde a la parte demandante, quien debe probar un acto positivo del Estado para poder desvirtuar su estado de necesidad, es decir, la contribución del Estado a la crisis. Mientras que en el Laudo *CMS* se decidió que es el Estado quien debe probar una conducta de carácter negativo, en otras palabras, probar su no contribución a la crisis, para poder acceder a la causal de exclusión de ilicitud por necesidad. Vid, Laura Victoria García Matamoros, «El estado de necesidad en el arbitraje de inversión: su invocación consuetudinaria y convencional en los arbitrajes Enron, Sempra, CMS, LG&E y Continental ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Volumen 17 (2017)*: 469-512, dx.doi.org/10.22201/ij.24487872e.2017.17.11043. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1870465417300417#fn0275>

¹⁴ «WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020», World Health Organization, acceso el 11 de enero de 2021, <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

Los Estados pueden tener defensas válidas ante los reclamos de violación de los derechos de los inversionistas, que se contemplan en los Tratados de inversión; o, según sea el caso, si se fundamentan en las condiciones contempladas en los artículos del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos al que hemos hecho referencia anteriormente; si al examinarse estas condiciones se concluye que procede la defensa del estado de necesidad por los motivos de exclusión de la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos previstos por el derecho internacional. Algunos tratados recientes de inversión, para estos casos, incluyen cláusulas para corregir el desequilibrio entre los derechos de los inversionistas y las obligaciones impuestas a los estados anfitriones.

CONCLUSIÓN

En resumen, las defensas que los Estados podrían invocar en relación con las reclamaciones relacionadas con COVID-19, son, por un lado, las contempladas en las cláusulas de los Tratados de Inversión, por ejemplo, las que consideran que no constituyen expropiaciones indirectas, las medidas aplicadas de buena fe para proteger intereses públicos legítimos, tales como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente o la moral pública, la protección social o del consumidor, o la promoción y protección de la diversidad cultural¹⁵.

O, también, algunos Tratados contienen una excepción general con respecto a las medidas adoptadas para mantener el orden que pueden invocarse cuando se plantea una amenaza genuina y suficientemente grave a un interés fundamental de la sociedad¹⁶. Por otro lado, como no son frecuentes los Tratados que contemplen cláusulas como las anteriores, las defensas que los Estados pueden invocar en los casos de reclamos por las medidas dictadas para luchar contra el virus del Covid-19, son las defensas contempladas en el derecho Internacional, que, en materia de Tratados de Inversiones, en mi criterio, principalmente es la defensa del estado de necesidad, de cuyo desarrollo sistemático son ejemplo los casos de esta defensa invocados por la República Argentina ante la gran cantidad de reclamos que enfrentó después de la crisis económica en 2001-2002. Ello por cuanto, las otras defensas de fuerza mayor y de peligro eminente del derecho internacional son más propias de las reclamaciones entre los Estados.

Finalmente, con relación a la carga de la prueba de las condiciones del estado de necesidad, dado que esta causal es una excepción al principio de la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos, en estos casos de reclamos por la lucha contra el Covid-19, a mi juicio, es el Estado quien ha de probar las condiciones que dan legitimidad a dicha

¹⁵ Por ejemplo, Tratado Modelo de Inversión Bilateral de los Países Bajos del 22 de marzo de 2019 (artículo 12). Y, Tratado entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos, y Canadá. Anexo 14-B Expropiación, para. 3(b).

¹⁶ Vid, Tratado Bilateral de Inversión de Japón-Corea de 2002.

defensa. Salvo que los Tratados de Inversión se establezca que el inversionista debe demostrar la falta de necesidad invocada por el Estado, o que se debe a una acción u omisión del Estado; o probar el exceso o abuso de las medidas adoptadas para solucionarlas. O, que los hechos aducidos por el Estado no caben en los casos de intereses públicos legítimos excluidos de su responsabilidad en dichos Tratados. Por último, en mi criterio, el estándar del derecho internacional del trato justo y equitativo, junto con el de la no discriminación o trato desigual, son los factores determinantes para ponderar si el estado de necesidad excluye la responsabilidad del Estado en la aplicación de las medidas para solventar las crisis, en el caso, por ejemplo, de la pandemia del Covid-19: o si su comportamiento ha sido no excesivo, desproporcionado o desigual.

BIBLIOGRAFÍA

- Arbitraje Internacional. «La pandemia de COVID-19 y el arbitraje de inversiones». Acceso el 11 de enero de 2021. <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/the-covid-19-pandemic-and-investment-arbitration/>
- Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter the "UNCITRAL Rules"). Caso CNUDMI No. 1:09 cv 00248 RBW, Laudo, 3 de noviembre 2008, 245).
- «Caso relativo al Proyecto Gabčíkovo-Nagyymaros (Hungría contra Eslovaquia)». Acceso el 11 de enero de 2021. <https://www.dipublico.org/cij/doc/107.pdf>
- García Matamoros, Laura Victoria. «El estado de necesidad en el arbitraje de inversión: su invocación consuetudinaria y convencional en los arbitrajes Enron, Sempra, CMS, LG&E y Continental ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)» *Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Volumen 17* (2017): 469-512. [dx.doi.org/10.22201/ij.24487872e.2017.17.11043](https://doi.org/10.22201/ij.24487872e.2017.17.11043).
- Naciones Unidas, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. Nueva York: Naciones Unidas, 2007. Acceso el 11 de enero de 2011, https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf
- Resolución de la asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (AG/56/83).
- Swisslion DOO Skopje v. Macedonia, Caso CIADI No. ARB / 16/09, Laudo, 6 julio 2012, 273.
- Tratado Bilateral de Inversión de Japón-Corea de 2002.
- Tratado entre los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos, y Canadá. Anexo 14-B Expropiación, para. 3(b).
- Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina relativo al fomento y la protección recíproca de las inversiones de 1991
- Tratado Modelo de Inversión Bilateral de los Países Bajos del 22 de marzo de 2019.
- Unión para la Apertura Universitaria – Derecho. «Síntesis del Caso Concerniente al Proyecto Gabčíkovo Nagyymaros». Acceso el 11 de enero de 2021, http://upauderecho2.blogspot.com/2008/08/sintesis-del-caso-concerniente-al_17.html
- World Health Organization. «WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020». Acceso el 11 de enero de 2021. <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--11-march-2020>