

Opinión Separada de Andreas F. Lowenfeld

1. Coincido con las Partes I a VIII del Laudo, con la conclusión de la Parte IX y con la Decisión. Redacto esta opinión separada porque creo que el análisis de la “defensa basada en la doctrina de las contramedidas” realizado por la mayoría no permite percibir con claridad el atributo esencial del arbitraje entre inversionistas y Estados tal como se ha desarrollado desde el Convenio del CIADI de 1965, los muy numerosos tratados bilaterales de inversiones y el Capítulo Once del TLCAN. Cada uno de esos instrumentos jurídicos se funda en el principio esencial de que las relaciones entre inversionistas y Estados receptores de las inversiones no deben afectar las relaciones políticas y diplomáticas entre Estados. A cambio de aceptar un arbitraje internacional independiente, el Estado receptor adquiere la certeza de que el Estado de nacionalidad del inversionista (tal como se define en tales instrumentos), no hará suya la reclamación del inversionista ni intervendrá de otro modo en la controversia entre éste y un Estado receptor, por ejemplo denegando asistencia externa o tratando de presionar al Estado receptor para que acepte algún tipo de arreglo. Como contrapartida, el Estado de nacionalidad del inversionista queda aliviado de la presión resultante de que una controversia entre su nacional y el Estado receptor perturbe o distorsione sus relaciones con el Estado receptor.

2. De ello se sigue que el Estado receptor no puede plantear contra el inversionista sus diferencias con el Estado de nacionalidad del inversionista, ni el inversionista puede ser considerado responsable de los actos del Estado que recibe su inversión. El Estado de nacionalidad del inversionista tampoco puede impedir que un inversionista plantee una reclamación, ni obligarlo a llegar a un acuerdo. El hecho de que dos controversias —

inversionista-Estado receptor y Estado-Estado — puedan referirse al mismo sector o actividad económicos no puede alterar ese principio fundamental.

3. La mayoría procura educar al lector sobre el derecho de las contramedidas en el derecho internacional general, la función que cumplen los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado de la CDI en la definición de ese derecho, las limitaciones tradicionales (tal como la mayoría las concibe) que se aplican a los inversionistas que plantean reclamaciones por derecho propio contra Estados receptores y los requisitos previos que deben cumplirse para que un Estado haga suyas reclamaciones de sus nacionales, incluida la doctrina del agotamiento de los recursos internos. Además emprende un análisis (párrafo 172) sobre la doctrina de la nacionalidad continua y la(s) fecha(s) que ha(n) de tenerse en cuenta para determinar el derecho de los Estados a plantear una reclamación de sus nacionales. Ninguna de esas cuestiones es pertinente para llegar a una decisión en el presente caso. Además, en su exposición, la mayoría trata a este caso como si fuera una nueva especie introducida en un bien cultivado huerto de “derecho internacional tradicional”, y no se tratara de un caso, actualmente común, de arbitraje entre inversionistas y Estados, autorizado por alrededor de 2700 tratados bilaterales de inversiones y por el TLCAN y tratados de libre comercio bilaterales y regionales análogos.

4. La mayoría finalmente aborda la cuestión pertinente en el párrafo 174, sosteniendo que un inversionista que formula una reclamación en el marco del Capítulo 11 del TLCAN pretende hacer valer su propio derecho, pero luego oscurece esa conclusión señalando que el inversionista es un tercero en una diferencia entre “su propio

Estado” [sic] y el Estado receptor (párrafo 176). El hecho es que el presente caso se planteó en el contexto de una serie más amplia de controversias entre Estados Unidos y México sobre el comercio de edulcorantes. La mayoría de las diferencias entre inversionistas y Estados no se dan en ese contexto, y uno de los objetivos de los TBI y del Capítulo 11 del TLCAN consiste en que así siga siendo. Por ejemplo, en el caso *Fireman’s Fund*, ampliamente citado en la Parte VII de la Decisión, no aparece prueba alguna de la existencia de una controversia entre Estados Unidos y México, ni tampoco de ningún interés de Estados Unidos¹. El Gobierno de Estados Unidos, por ejemplo, no realizó ningún esfuerzo concertado para tomar parte en los numerosos arbitrajes planteados contra Argentina por inversionistas estadounidenses y de otras nacionalidades, emanados de la crisis financiera experimentada por Argentina. Tal como lo anticipó el Convenio de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Banco Mundial (el Convenio del CIADI), el paradigma, en las diferencias entre inversionistas y Estados, es una diferencia entre la primera parte (casi siempre el inversionista), como demandante, y la segunda parte (casi siempre el Estado receptor o un organismo de dicho Estado), como demandado. No existe una tercera parte.

5. Habiendo llegado a la conclusión correcta en el párrafo 174, la mayoría siente la necesidad de defenderla con un análisis menos pertinente del caso *Loewen*, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y casos no vinculados con el asunto. La mayoría finalmente se refugia en la conclusión de que no puede hacer lugar a una defensa basada en la doctrina de las contramedidas porque no puede establecer si el

¹ El Gobierno de Estados Unidos no aprovechó la oportunidad para presentar un escrito ante el Tribunal conforme al Artículo 1128.

acto de los Estados Unidos impugnado era ilícito, ya que el Tribunal carece de jurisdicción sobre Estados Unidos, que aquí no es parte, ni sobre la controversia, que aquí se plantea en el marco de un Anexo del Capítulo 7 del TLCAN. Lo decidido sobre falta de jurisdicción *ratione personae* y *ratione materiae* es correcto, pero, también aquí, se aparta de la cuestión fundamental. Supóngase, por ejemplo, que un foro que tuviera jurisdicción —por ejemplo un panel del TLCAN o un grupo especial de la OMC, o a decir verdad la Corte Internacional de Justicia— hubiera concluido que Estados Unidos había incumplimiento de una obligación frente a México. ¿La mayoría haría lugar en ese caso a la defensa basada en la doctrina de las contramedidas? Aparentemente no, pero habría sido preferible que la mayoría no hubiera creído apropiado realizar análisis del tipo “aun cuando”, que, también aquí, desdibujan el mensaje.

6. *En resumen*, creo que la mayoría se vale de intrincadas razones para refutar un argumento sin precedentes e injustificado formulado por los representantes de México. Aunque llega a la conclusión apropiada (párrafos 174, 181), su opinión pierde de vista y distorsiona la esencia del sistema de arbitraje entre inversionistas y Estados enmarcado en el TLCAN, el CIADI y en múltiples tratados bilaterales de inversiones y de libre comercio.

[firma]
Andreas F. Lowenfeld
Árbitro