

Reflexiones acerca del consentimiento del Estado para someterse al arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

*Beatriz Pallarés**

El artículo realiza breves referencias al sistema de solución de controversias en materia de inversiones instituido por el Convenio de Washington de 1965 (CIADI). Esa visión panorámica con que se introduce el tema es completada con la referencia a los tratados bilaterales de promoción y protección recíprocas de inversiones, a fin de permitir la ubicación del tema de análisis que se propone.

El argumento central se ciñe al análisis de los problemas que suscita la interpretación del consentimiento estatal como piedra angular del sistema pergeñado por el Convenio de Washington de 1965 y los tratados bilaterales de protección de inversiones. Si bien, la autora refiere particularmente al caso argentino, el análisis es realizado desde una perspectiva teórica general. Así, las particularidades del ingreso al sistema CIADI son meramente ejemplificados con los datos provenientes de Argentina. Las cuestiones analizadas en materia de consentimiento resultan planteos con carácter general desde la perspectiva de países que han ratificado sin reservas el convenio y suscrito tratados bilaterales de protección de inversiones.

Al analizar las cuestiones del consentimiento se ponen en presencia las particularidades de las relaciones entre bloques normativos de distintas fuentes y su proyección en las decisiones de tribunales arbitrales.

This article makes brief comments to the system of solutions about the controversies in the topic of investments settled by the “agreement of Washington” in 1965 (CIADI). This panoramic view that introduces the topic adding to the reference about the bilateral treatment about the promotion and protection in investments. Allowing the analysis that is suggested.

The principal argument is attached to the analysis of the problems that occur in the explanation that the State allows as a support of the system because of the “agreement of Washington” in 1965 and the bilateral treatment to protect investments. In fact the author points specially the case of Argentina, the analysis is made since a general and theoretic point of view. So the details about entering to the CIADI system are justly samples of the information about Argentina.

The matters are analysed and allowed since the point of view of the countries that have confirmed without any reserve the agreement about the bilateral treatment about protection of investments. Analysing the matters about to permit the details are showed about the relationships between normative blocks and different sources and its projection in the resolutions of the court of justice arbitration.

Sumario: I. Apuntes elementales sobre el funcionamiento del sistema de protección de inversiones. II. El sistema de solución de controversias del Convenio de Washington de 1965 (CIADI). III. El consentimiento en el sistema de solución de controversias del Convenio de Washington de 1965 (CIADI). IV. Los Tratados bilaterales de protección de inversiones suscritos por Argentina. V. Indagación acerca de la voluntad de las partes. VI. El consentimiento del Estado argentino. VII. La interpretación jurídica de los Tratados. VIII. La interpretación judicial y arbitral en el plano nacional e internacional. IX. Legitimidad de los recursos interpretativos. X. Los precedentes. XI. Los límites de la competencia. XII. Reflexiones finales.

* Catedrática de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

I. Apuntes elementales sobre el funcionamiento del sistema de protección de inversiones

1. Los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones (TBI) ofrecen al inversor de los países suscriptores del tratado, un abanico de garantías por medio de diversos mecanismos¹. Si bien presentan características similares tanto en su estructura como en sus contenidos,² cada uno de ellos requiere un detenido análisis para su interpretación y aplicación.

Los TBI contienen cláusulas que garantizan a las inversiones extranjeras un trato justo y equitativo, el mismo tratamiento que reciben las inversiones nacionales (cláusula de trato nacional) y el dispensado a las inversiones procedentes del país que goce de un tratamiento más favorable (cláusula de la nación más favorecida), además del derecho a una indemnización en caso de medidas expropiatorias –incluidas las medidas de “expropiación indirecta”– o a la libre transferencia de las rentas obtenidas.

Presentan variaciones en la redacción de las cláusulas que determinan los respectivos ámbitos de aplicación material, temporal, personal y espacial.

2. Los TBI prevén además mecanismos de solución de controversias y, en particular, la posibilidad para los inversores extranjeros de someter las controversias que se susciten con el Estado receptor de la inversión al arbitraje internacional.

En el sistema de protección de la inversión extranjera que proveen los TBI, la protección del inversor frente al Estado receptor de la inversión se independiza de la protección diplomática del Estado de la nacionalidad del inversor y de la discrecionalidad que caracteriza a la misma. En el Derecho Internacional como en la mayor parte de los ordenamientos estatales el ejercicio de la protección diplomática se configura como discrecional, no viéndose además en la necesidad de agotar los recursos internos disponibles en el Estado de inversión antes de formular una reclamación arbitral contra él.³

3. El mecanismo de solución de controversias diseñado en la mayor parte de los TBI prevé que, transcurrido un determinado plazo durante el cual debe intentar un arreglo amistoso con el Estado receptor de la inversión, el inversor pueda acudir bien a los tribunales internos de aquél, bien al arbitraje internacional, configurándose ambas vías como excluyentes entre sí. Sin embargo, algunos tratados no han seguido ese modelo, comúnmente conocido como “*fork-in-the-road*”, exigiendo que el inversor –salvo acuerdo en contrario entre las partes–, someta primero la controversia a los tribunales nacionales, pudiendo acudir al arbitraje internacional si, transcurridos 18 meses, no hubieran dictado sentencia o no hubieran atendido sus pretensiones.

4. Los tratados para la promoción y protección de inversiones, normalmente se limitan a afirmar que las partes promoverán el acceso de inversiones extranjeras y las admitirán conforme a su legislación vigente. Las disposiciones de los tratados bilaterales de protección de inversiones plantearán no pocas dudas en su interpretación y aplicación, entre otras razones por cuanto sus disposiciones presentan una redacción de alta generalidad y será necesario distinguir las distintas vías mediante las cuales se materializa la inversión.

5. La inversión extranjera ha cambiado el rumbo con que se produjera en sus inicios. La inversión extranjera directa en explotación de recursos naturales que solía materializarse en acuerdos de inversión ha sido sustituida por la inversión en otras áreas. Se observa el avance generalizado de inversión extranjera en servicios públicos de países en desarrollo. Y es así como desde la perspectiva de éstos, y concretamente desde la perspectiva de la República argentina, el análisis del funcionamiento del sistema que se configura con la suscripción de los tratados bilaterales y El Convenio de Washington de 1965 requiere la consideración del contexto. La reflexión sobre el funcionamiento del sistema arbitral en materia de inversión extranjera en servicios públicos requiere considerar que el proceso de aceleración de suscripción de compromisos bilaterales de protección de inversiones se produce en los mismos tiempos en que Argentina inicia el llamado proceso de reforma del Estado y se acentúan los efectos negativos de la globalización de la economía.

¹ R. Dolzer / M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Dordrecht, 1995.

² UNCTAD, “Trends in International Investment Agreements: An Overview”, en: *Series on issues in international investment agreements*, 1999, pp. 44 y ss.

³ R. Brotons, *Derecho Internacional*, Madrid, 1997, pp. 499 y ss.

Toda consideración respecto de las vinculaciones que presentan estas tres cuestiones, excedería las modestas pretensiones de este trabajo. Sin embargo, no es posible prescindir siquiera de una breve mención que permita la identificación de ese contexto en el cual el desguace del Estado y la privatización de los servicios públicos se perpetran en la misma década en que se suscribieron cincuenta tratados bilaterales más de protección de inversiones y se ratificó sin reservas el Convenio de Washington de 1965 que crea el Centro de arreglo de diferencias relativas a inversiones (CIADI) en el seno del Banco Mundial.

6. Los TBI prevén un sistema propio de solución de conflictos conforme al cual las partes podrán recurrir ante el arbitraje institucional del CIADI, por aplicación del Convenio de Washington o de su Mecanismo Complementario -cuando alguno de los Estados Parte no sea parte del mismo-, o al arbitraje de un tribunal *ad hoc*, generalmente bajo las reglas de UNCITRAL.

El sistema arbitral de solución de conflictos en materia de inversiones, como todo sistema arbitral, está fundado en la autonomía de las partes. La jurisdicción de los tribunales arbitrales que actúan en el ámbito de la protección de inversiones, como cualquier otro tribunal arbitral, deriva su competencia de la voluntad de las partes, que han consentido su jurisdicción para resolver los conflictos generados en el mismo sistema.

Al referirse al sistema de solución de conflictos, se utiliza, como en el arbitraje comercial, la terminología que es más propia de soluciones jurisdiccionales que de un sistema basado en el consentimiento de las partes. Es así como es común el uso de la expresión *jurisdicción arbitral, tribunales arbitrales*.

7. Los términos son equívocos. Pero nadie se engaña; seriamente, ni los árbitros ni las partes confunden el rol del árbitro con el de un juez. A los árbitros se les realiza una encomienda. Tienen que cumplir una función: la de resolver una controversia particular. Y tienen que actuar dentro de los límites que las partes acordaron. El árbitro no tiene otro poder, otra competencia sólo la que las partes acordaron otorgarle. Por tanto, tiene el deber de examinar cuál ha sido la voluntad de las partes. Debe investigar esa voluntad expresa o presunta de las partes. No debe sustituirla. Si sustituye la voluntad de las partes, comete un exceso de poder.

En tal caso, el sistema se destruye porque se han corrompido sus propios fundamentos.

El fundamento de la competencia otorgada a los árbitros, está en el consentimiento de las partes. También los límites de la competencia de los árbitros deberá desprenderse de la voluntad de las partes, de la expresión de su consentimiento.

8. La determinación del ámbito de la competencia de un tribunal arbitral, requerirá examinar los límites y las condiciones bajo los que fue otorgado el consentimiento.

La metodología para interpretar los términos acordados en cada caso, o para integrar la voluntad imperfectamente expresada supondrá la consulta del sistema jurídico en el que se inserte el caso planteado.

La indagación del alcance del consentimiento otorgado por las partes requerirá examinar las formas de manifestación de ese consentimiento y en muchos casos, ello conlleva el análisis de la naturaleza del sujeto que ha prestado el consentimiento.

Nada hay de nuevo. La interpretación de cualquier tipo de acuerdo requiere de la indagación acerca de la voluntad de las partes. Ya sea que se trate de una transacción individual o de un contrato predispuesto, la voluntad de las partes debe ser respetada. Interpretada, integrada si es necesario, pero no sustituida.

9. La voluntad de las partes en los pactos es rectora de la actuación del tercero a quien se le ha otorgado competencia para resolver disputas. Es el consentimiento otorgado por las partes, el que posibilita que esos terceros (árbitros) designados por las partes, tengan la facultad de examinar su propia competencia. Siempre en el marco de un acuerdo válido, siempre que haya existido consentimiento válido de las partes involucradas en la controversia.

De ese acuerdo válido, que supone la existencia del consentimiento, se deriva la competencia de los árbitros.

Las dudas sobre la validez y extensión del consentimiento se proyectan sobre la validez del acuerdo arbitral.

La validez y extensión del acuerdo arbitral deben ser examinadas cuidadosamente por los árbitros. La rigurosidad de la interpretación es requerida por el sistema. La lasitud del análisis podría producir *prima facie* la ampliación de la competencia de los árbitros, pero desde otra perspectiva restará credibilidad al sistema.

10. El análisis acerca de la validez y límites del consentimiento marcan sustanciales diferencias del arbitraje con la labor judicial. Los sistemas nacionales de administración de justicia, no sólo son sistemas institucionalizados sino que tienen el marco de referencia de un sistema normativo. Ese mismo sistema que prevé los mecanismos de control de las soluciones adoptadas. Dentro de ese sistema los jueces pueden llevar a cabo operaciones de interpretación e integración de su propio sistema normativo. Los límites de su actuación están dados por ese sistema normativo. Su competencia no deriva de la voluntad de las partes que se someten a su jurisdicción sino del propio sistema normativo que les otorgó competencia para ejercer la función jurisdiccional. Ni la competencia del órgano jurisdiccional, ni los límites de la misma dependen de la voluntad de las partes sino del juego de las reglas del propio sistema nacional. Los árbitros en cambio están limitados en sus competencias por el acto mismo que se les ha otorgado.

Por tanto, la validez del acuerdo arbitral, la extensión de las competencias de los árbitros, las reglas de derecho que brindan el marco de su actuación, en fin, el sistema íntegro, reposa sobre el consentimiento de las partes involucradas.

Si no hay consentimiento válidamente otorgado por las partes para someter una determinada controversia ante un tribunal arbitral, no hay pacto atributivo de competencia del tribunal arbitral.

11. Las partes deben haber manifestado claramente su voluntad de someter la controversia, presente o futura.

Si la instrumentación del acuerdo arbitral no es completa, si existen cláusulas oscuras, será necesario recurrir a diversos medios para descubrir la voluntad de las partes. Pero esta es una tarea de indagación, no de creación. La voluntad ausente no puede ser suplida por la creación de la "jurisprudencia arbitral".

Los árbitros no son órganos de un sistema que brinde un marco que posibilite la integración de una voluntad ausente. Por el contrario, la indagación acerca de la competencia arbitral y los límites de la misma supondrá en todos los casos, la indagación acerca de la voluntad de las partes. De la validez y alcance del consentimiento otorgado.

II. El sistema de solución de controversias del Convenio de Washington de 1965 (CIADI)

1. La indagación sobre el consentimiento al arbitraje en el sistema del CIADI requiere del recurso a elementos diferentes porque el consentimiento en este sistema se presta en distintas fases.

En cada fase los sujetos varían, y varía también la instrumentación de la manifestación del consentimiento de cada una de las partes involucradas.

El consentimiento que prestan los estados para ser sometidos al arbitraje del CIADI, es un consentimiento que -como regla y no como excepción- es prestado en distintos actos. No hay unidad material en el acto, no hay tampoco unidad temporal. Es un consentimiento prestado en secuencias diferentes.

Ello proyecta la necesidad de realizar el análisis de la extensión del consentimiento otorgado en cada una de esas fases en que se perfecciona el consentimiento.

2. La primera fase requiere del análisis del consentimiento que prestan los estados que suscribieron el convenio de Washington. Los estados prestaron su consentimiento mediante la aprobación y ratificación del Tratado internacional. Se entabla una relación que vincula a los estados y las reglas de interpretación no son otras que las de la Convención de Viena.

Como consecuencia:

- (a) Por ese medio, las Altas Partes se consideran parte del convenio.
- (b) Se constituye una relación que vincula a los estados y las reglas de interpretación no son otras que las que establece la Convención de Viena.
- (c) El consentimiento prestado por el Estado ratificante del Convenio de Washington no supone el consentimiento a someter ninguna controversia ante el CIADI.⁴
- (d) Para que haya consentimiento de la jurisdicción el consentimiento debe haberse manifestado por escrito.

⁴ Así, en el preámbulo del convenio se advierte que "...la mera ratificación, aceptación o aprobación de este convenio por parte del Estado contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna determinada diferencia a conciliación, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado".

El consentimiento del Estado a someter la controversia al sistema de soluciones del centro requiere de un nuevo acto. Ese nuevo acto, o manifestación específica de consentimiento, puede producirse en un acuerdo de inversión o mediante la suscripción del Tratado Bilateral de Protección de Inversiones.

3. Los estados que ratificaron el Convenio de Washington aceptaron ser partes del sistema de solución de controversias. Por tanto, la aceptación, el consentimiento al sistema requiere del cumplimiento de los requisitos previstos en el convenio.

Los estados signatarios del Convenio de Washington han otorgado su consentimiento para someter a la jurisdicción del centro:

- Diferencias de naturaleza jurídica entre un Estado contratante y el nacional de otro Estado contratante,
- Que surjan directamente de una inversión
- Que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro.

Esto resulta del artículo 25 del Convenio CIADI, la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante y el nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito someter el Centro.

La recta interpretación de la regla del artículo 25 (1) de la Convención CIADI supone que se dé cumplimiento a los tres requisitos que delimitan la jurisdicción de sus tribunales arbitrales:

- (a) La existencia de una disputa legal.
- (b) Directamente surgida de una inversión.
- (c) Que involucre a un Estado Contratante con el nacional de otro Estado Contratante.

4. La mera suscripción del convenio no abre por sí la posibilidad de entrar al sistema de solución de controversias del CIADI. Para abrir el sistema la controversia debe reunir las condiciones previstas en el Art. 25.1. y, además, las partes deben haber prestado su consentimiento por escrito.

Esto significa que la competencia del Centro se abre para las controversias descritas en el artículo 25, siempre que haya consentimiento escrito para someter la controversia a la jurisdicción del centro.

Entonces el consentimiento del Estado a someter la controversia al sistema de soluciones del centro requiere de un nuevo acto. La manifestación de ese

consentimiento puede producirse de modo particular en un acuerdo de inversión o mediante la suscripción del Tratado Bilateral de Protección de Inversiones.

Las disposiciones del convenio parten de la base de que el consentimiento de las partes en la diferencia constará en una cláusula de un contrato celebrado entre el inversor y el Estado receptor. Sin embargo, la práctica cada vez más extendida vincula el funcionamiento del sistema CIADI a la suscripción de tratados bilaterales de protección de inversiones.

III. El consentimiento en el sistema de solución de controversias del Convenio de Washington de 1965 (CIADI)

Nuevamente estamos ante un pacto entre estados. Una relación en la cual son los estados los que prestan su consentimiento en los términos expresados en el instrumento internacional particular. Los inversores de ambos estados signatarios son los destinatarios/beneficiarios del sistema creado, pero a los fines de discernir la voluntad expresada en un documento legal sigue siendo un tercero extraño a la relación jurídica establecida entre dos estados soberanos que se obligan en el marco de las normas del derecho internacional público. En teoría los estados habrían podido aceptar con carácter general la jurisdicción del CIADI respecto de todas las controversias en materia de inversiones que pudieran surgir con los inversores de los otros estados contratantes.⁵ Sin embargo, como señala Vives Chillida:

“Esta posibilidad teórica se enfrentaba a dos obstáculos en la práctica: implicaba una suerte de jurisdicción obligatoria del CIADI y al no ser parte en el convenio los inversores extranjeros, esta jurisdicción obligatoria no podía tener carácter recíproco, quedando siempre en manos del inversor la posibilidad de recurrir o no

⁵ “Sin embargo, la solución técnica adoptada finalmente no era la única posible en teoría porque los estados habrían podido aceptar con carácter general, respecto de todas las controversias en materia de inversiones que pudieran surgir con los inversores de los otros estados contratantes, la competencia del CIADI”. JULIO A. VIVES CHILLIDA: EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI); de. McGraw Hill, Madrid, 1998, p. 61 (RA AL 9)

al CIADI. Además, la solución de graduar la puesta en marcha de las disposiciones del convenio con un sistema de consentimiento en dos fases era la apropiada para conseguir una mayor aceptación inicial del mismo por los estados reticentes, argumentándose que la prestación del consentimiento a ser parte en el Convenio no implicaba la obligación de someter ninguna controversia al CIADI, para lo que se requería un consentimiento adicional⁶.

IV. Los Tratados bilaterales de protección de inversiones suscritos por Argentina

1. El consentimiento del Estado argentino para someterse al sistema CIADI, se manifestó en las dos fases descritas. En la primera aceptó que las controversias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión sean resueltas en el Centro. En la segunda otorgó por escrito el consentimiento para que las cuestiones que se susciten en el ámbito de cada uno de los TBI suscritos sean llevadas ante el Centro en los términos pactados en cada uno de esos tratados.

Como la investigación acerca del alcance del consentimiento de las partes puede presentar blancos (lagunas) o indeterminaciones semánticas, se hace necesario interpretar el texto que documenta el consentimiento.

La pretensión de existencia continua de los estados, el carácter contractual de los tratados y los mecanismos de consulta e interpretación insertos en los TBI que regulan la disputa, hacen que la intención de las partes sea relevante y de referencia obligatoria.

El análisis del consentimiento prestado requiere determinar la extensión del mismo, manifestado al ratificar el Convenio de Washington, pero también del consentimiento manifestado al ratificar cada TBI.

2. El consentimiento del particular -que no es parte en ninguno de los convenios- se manifiesta al presentar la diferencia concreta. El particular articu-

la una pretensión de que su diferencia con el Estado receptor de la inversión sea solucionada mediante el sistema previsto por el Convenio de Washington y en los términos que los estados exportador y receptor de la inversión acordaron en el TBI que invoca.

Para analizar si la demanda del inversor abre la puerta del sistema CIADI, hay que examinar si la controversia que plantea ha sido considerada en el ámbito de aplicación del convenio.

Para que se abran las puertas del sistema CIADI, las controversias deben reunir los requisitos previstos en el convenio (Art. 25.1).

Si el Estado argentino no ha suscrito acuerdos de inversión con la demandante, para que ésta pueda alegar que el Estado argentino ha prestado su consentimiento para dirimir sus diferencias ante el CIADI, debe demostrar que su acción está considerada en el ámbito de aplicación de compromisos suscritos en el TBI que invoca.

Si el supuesto no entra dentro del ámbito de aplicación del convenio y del TBI invocado, no se abrirán las puertas del sistema CIADI.

V. Indagación acerca de la voluntad de las partes

En este sistema basado sobre el consentimiento, el análisis jurisdiccional, esto es, el análisis de las posibilidades que tiene una demanda de un inversor contra el Estado receptor de abrir el sistema, requiere el análisis de la voluntad de las partes.

La voluntad del inversor de someter su demanda a la jurisdicción del CIADI se pone de manifiesto en su presentación.

El consentimiento del Estado requiere un análisis diferente, aunque esas reglas sean siempre las mismas. Como en todo contrato, hay que estar a la voluntad de las partes. La investigación acerca del alcance del consentimiento de las partes puede presentar algunas particularidades. Pero la regla subsiste.

En esta indagación acerca del alcance del consentimiento otorgado por las partes para someter sus controversias ante el Centro, no será lo mismo situarse ante la interpretación de un convenio de inversión concreto, que ante un tratado bilateral suscrito entre dos estados soberanos en el que han acordado un régimen general de protección de inversiones cuya violación posibilita que los nacionales de esos estados planteen

⁶ JULIO A. VIVES CHILLIDA: EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI); de McGraw Hill, Madrid, 1998, p. 61. (RA AL 9)

ante el Centro las controversias de naturaleza jurídica, surgidas directamente de una inversión, en los términos considerados por el TBI que se invoque.

Es importante subrayar las diferencias en orden a la invocación de la protección prevista para la regulación de una relación jurídica específica, con relación a la invocación de los TBI.

Las particularidades se van a plantear no sólo en orden a la generalidad, imprecisión y extensión en el tiempo de la aplicación de los TBI. Como es obvio, hay que tener en cuenta los sujetos que han firmado tales compromisos. Por ende, las particulares reglas de interpretación de la voluntad de las partes al otorgar su consentimiento.

VI. El consentimiento del Estado argentino

La República argentina al ratificar el Convenio de Washington aceptó someter a la jurisdicción del Centro las *diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión y que las partes hayan consentido por escrito someter al Centro*.

Como quedó dicho, ese consentimiento del Estado argentino se manifestó mediante la suscripción de Tratados internacionales.

Esencialmente, el efecto de un tratado es la creación de normas jurídicas, la generación de derechos y obligaciones. Todo tratado es obligatorio para las partes que figuran en él y deberá ser ejecutado por éstas de buena fe.⁷

Para poder determinar los efectos del tratado se le debe examinar primero en forma aislada, con independencia de cualquier otra norma jurídica que pueda ser aplicable en una situación determinada (interpretación), primero en relación con las partes y luego con relación a quienes no sean partes.⁸ A partir de allí se planteará la posibilidad de poner el tratado con relación a otras normas con las que deba combinarse.

El tratado se vincula con el acto jurídico y con la norma creada por medio de ese acto. Los

efectos del tratado se relacionan con los autores del acto: emanan de la voluntad de éstos y no son nada distintos de esa voluntad.

Este es el principio básico que permite formular desde el principio un problema que surge incluso antes de que se aplique el tratado. Esto es: cómo determinar la intención de las partes. Éste es el problema de la interpretación de los tratados.

Los estados que suscribieron el tratado son los mejor calificados para interpretarlo. Si las partes convienen en una interpretación común, ya sea mediante un tratado formal o mediante otro modo, esta interpretación adquiere un carácter auténtico y prevalece sobre cualquier otra.

Si el tratado es interpretado y aplicado por otras entidades como un tribunal de arbitraje, el principio no es afectado.

Lo que cambia es la *amplitud de las facultades del intérprete*.⁹

También varían los efectos de su interpretación.

El derecho de los gobiernos de un Estado para interpretar un tratado del que son partes, es incuestionable, pero no puede decirse lo mismo de otros intérpretes (tales como los tribunales arbitrales). Los estados no han cedido esa competencia a favor de esos tribunales, que deben acatar los límites impuestos por la voluntad de las partes. Los precedentes de decisiones anteriores no constituyen fuente de derecho suficiente para desplazar la obligación de -en cada caso- indagar cuál fue la voluntad de las partes al celebrar los tratados.

VII. La interpretación jurídica de los Tratados

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 lo refleja en materia de interpretación, derecho consuetudinario y señala también los principios fundamentales de esta rama del derecho:

The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties partly reflects customary law and constitutes the

⁷ Convenciones de Derecho de los Tratados de 1969 y 1986, (artículo 26).

⁸ Reuter, p. 125.

⁹ Conf. Reuter, p. 126.

basic framework for any discussion of the nature and characteristics of treaties. Certain provisions of the Convention may be regarded as reflective of customary international law, such as the rules on interpretations, material breach, and fundamental change of circumstances. Others may not be so regarded, and constitute principles binding only upon state parties.

The fundamental principle of treaty law is undoubtedly the proposition that treaties are binding upon the parties to them and must be performed in good faith. This rule is known in legal terms as pacta sunt servanda and is arguably the oldest principle in international law. It was reaffirmed in article 26 of the 1969 Convention, and underlies every international agreement”¹⁰.

Entre las reglas que incorpora el Derecho de los Tratados están las reglas de interpretación. Estas reglas reflejarían, de acuerdo a Shaw, tres aproximaciones básicas: la primera, que se centra sobre las palabras del documento; la segunda, que está atenta a la intención de las partes; y la tercera, que adopta una posición que enfatiza el objeto y el propósito del tratado. La Convención de Viena lo que ha hecho ha sido interconectarlas:

“Nevertheless, any true interpretation of a treaty in international law will have to take into account all aspects of the agreement, from the words employed to the intention of the parties and the aims of the particular document. It is not possible to exclude completely any one of these components”¹¹.

La jurisprudencia internacional ha vinculado el principio de la interpretación intencional con el principio de efectividad. Es decir, que a los efectos de darle efectividad a un tratado, lo relevante es discernir la intención de las partes:

“The principle of effectiveness will be used, however, in order to give effect to provisions in accordance with the intentions of the parties.”¹²

Esta posición es muy razonable. Parte del principio de que los estados que suscribieron el tratado son los mejores calificados para interpretarlo. Si convienen en una interpretación común, ya sea mediante un tratado formal o mediante otro modo, esta interpretación adquiere un carácter auténtico y prevalece sobre cualquier otra.

Ello está vinculado al fenómeno de la desconfianza de los juristas en general hacia la codificación de un sistema de reglas de interpretación, dado que dejarían de constituir la ayuda flexible que es requerida y muchas de ellas serían contradictorias o incluso presupondrían la pregunta (*question-begging*). De allí que, según el profesor Brownlie,

“The Commission (ILC) and the Institute of International Law have taken the view that what matters is the intention of the parties as expressed in the text, which is the best guide to the more recent common intention of the parties”¹³.

La interpretación se rige por normas jurídicas, ya que las disputas provocadas por la interpretación de los tratados constituyen precisamente el tipo de disputas jurídicas que puede resolverse por medios judiciales (Art. 36 de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia).

Estas normas deben ser aplicadas por quienes interpretan un tratado.

La premisa fundamental que debe respetar el intérprete es determinar la intención de las partes a partir de un texto. Si la intención de las partes se ha convertido en un texto por medio de operaciones específicas de negociación, suscripción, etcétera, la interpretación debe seguir el procedimiento inverso. Esto es, partiendo del texto deberá remontarse a la intención inicial. Por ello es que los métodos de redacción y las normas de interpretación son dos aspectos del mismo problema considerado desde ángulos opuestos: ambos se ocupan de una intención que se ha incorporado en un texto.

¹⁰ MALCOLM SHAW: INTERNATIONAL LAW (Cambridge University Press, 4th. Edition, 1997), p. 633 .

¹¹ MALCOLM SHAW: INTERNATIONAL LAW (Cambridge University Press, 4th. Edition, 1997), p. 656.

¹² MALCOLM SHAW: INTERNATIONAL LAW (Cambridge University Press, 4th. Edition, 1997), p. 658 con citas del caso Ambatielos y del caso del Canal de Corfu, ambas decisiones de la Corte Internacional de Justicia (Ver nota de pie de página 130).

¹³ IAN BROWNLIE: PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW (Oxford University Press, 5th. Ed., 1998), p. 632

VIII. La interpretación judicial y arbitral en el plano nacional e internacional

La *primacía del texto* en el derecho internacional, es la norma cardinal de toda interpretación. Es posible que, en otros sistemas jurídicos, en donde los procesos legislativos y judiciales están plenamente regulados por la autoridad del Estado y no por el libre consentimiento de las partes, se suponga que los tribunales son competentes para hacer que un texto diga lo que no dice, o incluso lo contrario de lo que dice. Pero esas interpretaciones, que se describen a veces como teleológicas, no se pueden separar del hecho de que es obligatorio recurrir a los tribunales, de que el tribunal está obligado a tomar una decisión, y que ese tribunal está controlado por los demás poderes del Estado que pueden frenar los mandatos más audaces en caso necesario.¹⁴

En el ámbito internacional sin embargo, no existe ese control del aparato estatal. Cuando un árbitro se aparta de un texto, lo hace porque cree que debe prevalecer otro texto u otra práctica, es decir otra fuente de derecho.

En la interpretación del texto internacional en virtud del sometimiento a la expresión de la intención de las partes, resulta esencial la identificación precisa de la forma en que se expresó esa intención, otorgando preferencia a la manifestación más inmediata.

IX. Legitimidad de los recursos interpretativos

De acuerdo con el Art. 31 de las Convenciones de 1969 y 1968, la interpretación de buena fe de los tratados (párrafo 1) deberá basarse simultáneamente en el “contexto” (párrafo 2) y en otros elementos (párrafo 3) que parecen tener menos peso.

El “contexto” incluye el texto mismo (incluidos el preámbulo y los anexos) o cualquier acuerdo referente al tratado que haya sido establecido entre todas las partes con relación a su conclusión, así

como “cualquier instrumento elaborado por una o más de las partes aceptado por las otras partes como un instrumento relacionado con el tratado. Los otros elementos que “deberá tomarse en consideración” son “cualquier acuerdo ulterior entre las partes” acerca de la interpretación o aplicación del tratado que establezca el acuerdo de las partes con relación a su interpretación” y “cualesquiera normas pertinentes del derecho internacional que sean aplicables a las relaciones entre las partes”.

En lo que refiere a los términos usados en estos acuerdos, deberán interpretarse de buena fe, de acuerdo con su significado ordinario a la luz del objeto y el propósito del tratado. Sólo podrá descartarse el significado ordinario de los términos si puede establecerse la intención de las partes en ese sentido. (Art. 31.4. Convención de Viena).

A partir de estos elementos que incorporan primordialmente la intención de las partes, se debe establecer el sentido. Sólo en una etapa posterior se puede admitir el empleo de medios de interpretación complementarios (Art. 32), tales como el trabajo preparatorio o las deducciones para reconstruir la intención de las partes, sobre todo por referencia a las circunstancias de la conclusión de los tratados, ya sea para confirmar los resultados de la interpretación o para evitar los resultados ambiguos manifiestamente absurdos o poco razonables, obtenidos sobre la base exclusiva de los elementos primarios.

Ahora bien, las reglas de los Arts. 31 y 32 establecen los principios básicos de interpretación que deben seguirse tanto en la interpretación del Convenio de Washington como de los TBI.

Los principios se podrán aplicar de manera diferente de acuerdo con las características del tratado, pero necesariamente seguirán siendo los mismos.

X. Los precedentes

La casuística del derecho internacional permite observar algo muy interesante, pero sin duda mucho más modesto: que los tribunales arbitrales examinan grupos de tratados que abarcan temas similares. El problema son las conclusiones a que se arriba de esa comparación. El funcionamiento de los tribunales arbitrales en el ámbito del comercio internacional ha manifestado en estos aspectos la tendencia a actuar como tribunales jurisdiccionales. Tratados con ámbitos de aplicación personal, material y espacial

¹⁴ Reuter. 127

determinados son utilizados fuera de esos específicos ámbitos de aplicación, como si los árbitros pudieran funcionar como un tribunal nacional que interpreta las normas del sistema vigente, apoyándose en la jurisprudencia sentada por tribunales que actuaron en casos anteriores.

El tratado bilateral de inversiones que otorga determinados patrones de protección a inversiones determinadas, esto es tratados bilaterales con ámbitos de aplicación personal y material muy específicos, sólo puede ser aplicado en esos ámbitos. La práctica arbitral de sustituir la voluntad de las partes, expresada por escrito en los TBI, como exige el Convenio de Washington, es sustituida por una fuente cuya legitimidad sólo encuentra su sustento en la propia opinión de los árbitros o en la doctrina que los mismos árbitros difunden.

Como si fuera poco preocupante lo apuntado, hay que tomar en cuenta además la cuestión de la “confidencialidad” de lo actuado en procesos arbitrales. Como los textos de las decisiones no son publicados, salvo autorización de las partes, suele suceder que árbitros internacionales citan decisiones adoptadas por otros árbitros o tribunales arbitrales que ellos mismos declaran que son inéditas.

Cada una de estas observaciones van produciendo la convicción de que una interpretación de buena fe de los tratados no puede dejar de lado el texto expresado por las partes. Que una interpretación de buena fe del tratado bilateral o multilateral no debe apartarse de las reglas de la Convención de Viena.

XI. Los límites de la competencia

Los tribunales arbitrales no tienen autoridad para sustituir la voluntad de las partes, para modificar la expresión del consentimiento expresado por las mismas. En suma, los tribunales arbitrales no pueden sustituir el sistema de fuentes del Derecho internacional. Los tribunales arbitrales están integrados por juristas. Es poco probable por lo tanto que la extralimitación se produzca de modo manifiesto. Pero esa extralimitación se produce aun cuando el tribunal exprese “...que sabe que los laudos anteriores no constituyen fuente de derecho...”

Sin embargo, de modo reiterado se observa que más y más los tribunales permiten referirse a cues-

tiones de hechos diferentes, manifestando “esto ya fue analizado en”.

Cuestiones de este cariz proyectan serias dudas sobre la seriedad y viabilidad de un sistema donde las reglas son conocidas sólo por los jueces, a quienes nadie les atribuyó el poder de crear o modificar reglas, ni siquiera de expandir el ámbito de aplicación de las existentes.

En el caso de los tratados bilaterales restringidos (como los TBIs) es equivocado afirmar que se ha formado una norma consuetudinaria con la sola base del número y repetición de esos tratados en la práctica de todos los estados.

En la interpretación de los tratados bilaterales restringidos, los tribunales tomarán en cuenta las disposiciones idénticas de una serie de tratados, pero en general no llegan a inferir de esa uniformidad la conciencia de una obligación que se extiende incluso a estados no vinculados por esos compromisos. En el caso “Rights of National of the United States of América in Morocco”¹⁵ se recurrió en vano a este recurso.

Hay que tener en cuenta que la formación de una norma consuetudinaria que se extienda más allá de las partes del tratado no se determina en primer lugar por el tratado como tal, sino por el hecho de que quienes no son partes han aplicado sus normas o reconocido su carácter consuetudinario, o por lo menos toleran su aplicación por otros, en circunstancias en que normalmente se habría esperado que la objetaran. En tal sentido, se ha señalado la escasa relevancia jurídica de conceptos como el de “*tratados cuasi universales*”¹⁶ que ocasionalmente han surgido en las decisiones judiciales.¹⁷

XII. Reflexiones finales

El debate sobre la incidencia de las disposiciones de los TBI en el derecho internacional consuetudinario, toma como punto de partida el número de tratados bilaterales suscriptos, la uniformidad de muchas de sus disposiciones y los países que participan en las

¹⁵ Schreuer, Christoph J., “*The ICSID Convention: A Commentary*”, Cambridge University Press, 2001.

¹⁶ Reuter, 141

¹⁷ Barcelona Traction”, Second Phase, ICJ Reports, 1970, p. 32. par. 34.

redes de tratados. Pero de esos datos, lo único que puede desprenderse es que muchos estados aceptan el principio de la protección de la inversión extranjera.

Lo cierto es que esos tratados se concluyen en el plano bilateral, con ámbitos de aplicación definidos. Para esos ámbitos de aplicación definidos las partes prestaron su consentimiento. De la repetición de cláusulas en los tratados bilaterales de protección de inversiones no puede desprenderse sin más la formación de una regla general.

Según O. Schachter en “Compensation for expropriation”, de la repetición de las cláusulas no puede inferirse que expresen derecho consuetudinario, sino que es necesario que sean consideradas obligatorias al margen del tratado.¹⁸

Esta posición queda claramente expresada en el apartado IV. 1 del Acta final de la conferencia sobre el Tratado de la Carta de la Energía, que contiene un acuerdo de los representantes de la conferencia en virtud del cual se advierte que sus disposiciones “... han sido acordadas teniendo en cuenta la naturaleza específica del tratado, el cual está destinado a establecer un marco jurídico que fomente la cooperación a largo plazo en un sector particular y, por lo tanto, no puede interpretarse que sea un precedente para otras negociaciones internacionales”.

Tanto en la interpretación del Convenio de Washington como de los TBI no puede perderse de vista que el compromiso ha sido suscripto por un Estado. Ese Estado que suscribió por una parte el convenio y por otra los TBI, ha aceptado ser llevado ante los tribunales arbitrales en el marco de los compromisos suscritos.

El Estado sólo ha renunciado a la jurisdicción de sus tribunales internos para llevar ante tribunales CIADI las controversias identificadas en el Convenio de Washington que caigan bajo el ámbito de aplicación del TBI.

La presencia del Estado en el arbitraje exige una mayor “circunspección” a la hora de interpretar una cláusula compromisoria arbitral, toda vez que la renuncia a la jurisdicción de los tribunales internos implica una limitación de los poderes soberanos del Estado y cuando no existe cláusula arbitral o si su existencia es dudosa, “no se pueden entonces igno-

rar las normas del Derecho internacional público que establecen.... que los estados no se obligan sino mediante las normas de derecho que ellos mismos han aceptado, refiriéndose al conocido principio en virtud del cual las limitaciones de la soberanía del Estado no se presumen”.¹⁹

Si los tribunales que van a aplicar los tratados internacionales no tienen en cuenta el ámbito de aplicación de cada uno de ellos, no están aplicando los tratados conforme al Derecho internacional. Están sustituyendo la fuente internacional –*pacto inter partes*– por la voluntad de un tribunal que no tiene competencia para ello.

Esto conduce a indagar respecto de la jerarquía que reviste la práctica internacional –a que aluden algunos laudos arbitrales– en el sistema de fuentes del Derecho internacional.

Argentina ha sufrido decisiones en las que se sostiene que la práctica de los estados ha incluido participaciones mayoritarias o no controladoras en la protección acordada. “La práctica contemporánea de los acuerdos de mano alzada, las decisiones del Tribunal Irán-Estados Unidos y las reglas y decisiones de la Comisión de Indemnizaciones de las Naciones Unidas, demuestran la flexibilidad creciente en el manejo de las reclamaciones internacionales”.²⁰ El mismo tribunal agrega: “Aun cuando es correcto lo que afirma la República argentina que ello es más bien el resultado de *lex specialis* y de arreglo de tratados específicos que lo han autorizado, el hecho es que la *lex specialis* en este aspecto prevalece de tal forma que puede considerarse ahora la regla general, ciertamente respecto de inversiones extranjeras y de las reclamaciones internacionales, como también crecientemente de otras materias. En la medida en que la costumbre internacional o el derecho tradicional de las reclamaciones internacionales pudieran haber seguido una orientación diferente –afirmación que está sujeta a discusión–, entonces ese enfoque puede considerarse la excepción”.

Esta línea interpretativa conduce a sostener en último término, que los estados que otorgaron su consentimiento para resolver sus controversias en materia de inversiones por medio del arbitraje, también han consentido que los tribunales arbitrales

¹⁸ VIVES CHILLIDA, Julio A., “El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)”, MCGRAW-HILL INTERAMERICANA DE ESPAÑA, S.A.U., nota 144

¹⁹ VIVES CHILLIDA, Julio A., o.c., p4

²⁰ *CMS Gas Transmission Company c. La República Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, 17 de julio de 2003, párrs. 26 y 27.

subroguen las facultades de los estados y sustituyan el derecho generado en acuerdos *inter partes* por el creado por la voluntad de los árbitros, que interpretan libremente el “sentido”, la “evolución” del derecho internacional de inversiones.

La viabilidad del sistema requiere que se tome en cuenta la existencia de una multiplicidad de tratados bilaterales, no un sistema multilateral de protección de inversiones.

La existencia de una multiplicidad de tratados no autoriza a interpretarlos como si se tratara de una regla general.

A lo sumo se podrá decir que de la proliferación de los TBI se puede colegir que la protección de inversiones mediante tratados bilaterales tiende a desplazar otras formas de protección. Pero convertir una regla especial en general no resulta avalada en absoluto por la voluntad de las partes.

Las reglas insertas en los TBIs conservan su carácter especial, sin que sea necesario que los estados vinculados por el tratado deban probar ningún tipo de manifestación para mantener el carácter especial de las reglas de los TBI.

Lo contrario equivale a la inversión del sistema basado en el consentimiento de las partes y la destrucción misma del sistema arbitral.

Bibliografía

- BROWNLIE, *Principles of International Law*, Oxford University Press, 5th. Ed., 1998.
C. J. SCHREUER, *The ICSID Convention: A*

Commentary, Cambridge University Press, 2001.

J. A. VIVES CHILLIDA: *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, McGraw Hill, Madrid, 1998.

M. SHAW, *International Law*, Cambridge University Press, 4th. Edition, 1997.

R. BROTONS, *Derecho Internacional*, Madrid, 1997

P. REUTER, *Introducción al Derecho de los Tratados*, Fondo de Cultura de México, 2001.

R. DOLZER / M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, Dordrecht, 1995.

Página web

“Barcelona Traction”, Second Phase, ICJ Reports, 1970.

“CMS Gas Transmission Company. La República Argentina”, Decisión sobre Jurisdicción, 17 de julio de 2003, párrs. 26 y 27. Disponible en www.worldbank.org/icsid

Cátedras

UNCTAD, “Trends in International Investment Agreements: An Overview”, en: *Series on issues in international investment agreements*, 1999.

Catedrática de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.