



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**“LA INTERPRETACIÓN DEL
CONSENTIMIENTO A ARBITRAJE
CIADI EXPRESADO EN LEGISLACIÓN
NACIONAL”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A:

MARTHA ELIZABETH ZORRILLA ARENA RUBIO

DIRECTOR DE TESIS: DOCTOR CARLOS HUMBERTO REYES DÍAZ



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE ESTUDIOS SOBRE
EL COMERCIO EXTERIOR

OFICIO APROBATORIO No. L.01/2014

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA UNAM
PRESENTE

Distinguido Señor Director:

Me permito informarle que la tesis para optar por el título de licenciatura, elaborada por la pasante en Derecho **MARTHA ELIZABETH ZORRILLA ARENA RUBIO**, con el número de cuenta **302614039** en este Seminario, bajo la dirección del **DR. CARLOS HUMBERTO REYES DIAZ**, denominada "**LA INTERPRETACIÓN DEL CONSENTIMIENTO A ARBITRAJE CIADI EXPRESADO EN LEGISLACIÓN NACIONAL**" satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con fundamento en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo la aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria, D.F., a 9 de enero de 2014.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
ESTUDIOS SOBRE EL
COMERCIO EXTERIOR
DR. JUAN MANUEL SALDANA PÉREZ
Director del Seminario

“We should have a great fewer disputes in the world if words were taken for what they are, the signs of our ideas only, and not for things themselves.”

John Locke

Agradezco el amor, la fe y el apoyo incondicional de mis padres y hermano, quienes son bastiones de mis sueños y logros. Asimismo agradezco el cariño y apoyo de mis tíos Alberto y Maribel.

Un agradecimiento especial al Dr. Carlos Reyes, cuyo apoyo a título personal y de manera institucional ha permeado en múltiples generaciones de futuros internacionalistas, y sin cuya ayuda muchas metas no podrían haberse materializado.

Gracias a Antonio Riva Palacio y Sofía Galván por ser una constante inspiración, así como grandes mentores y amigos.

Agradezco a mis compañeros y coaches de equipos de derecho internacional, con quienes comparto la pasión de ejercer nuestra noble profesión y de quienes tanto aprendí.

De manera especial agradezco al Dr. Juan Manuel Saldaña, Dr. Ruperto Patiño, Mtra. Eunice Herrera, Mtra Margarita Puente, Lic. Zozaya, Embajador Hermilo López Bassols, Rafael García y Arturo Díaz, por todo su apoyo para la preparación del concurso Elsa Moot Court Competition.

Gracias a mis entrañables amigos y compañeros de vida Carlos Bravo, Gerardo Gómez, Carmen López, Natalia Luna, Ingmar Barrañon, Daniela Gómez, Patricia Uribe, Diego Baranda, Mariana Ojesto, Anabel García, Javier Ordaz y Jaime Licea.

Índice

ÍNDICE	I
TABLA DE ABREVIATURAS	III
INTRODUCCIÓN	1
I.CUESTIONES PRELIMINARES.....	6
A. CONVENIO CIADI.....	6
B. JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES CIADI	8
1. <i>Requisito Ratione Materiae</i>	12
a. Existencia de una disputa.....	12
b. Carácter legal de la disputa.....	13
c. Disputa directamente relacionada con la inversión.....	13
d. Existencia de una inversión.....	14
2. <i>Requisito Ratione Personae</i>	14
a. Estado receptor.....	15
b. Inversionista.....	15
3. <i>Requisito Ratione Voluntatis</i>	17
a. Acuerdo o cláusula arbitral	17
b. Tratado Bilateral de Inversión	18
c. Legislación nacional	19
II. ESTÁNDAR DE INTERPRETACIÓN DEL REQUISITO <i>RATIONE VOLUNTATIS</i> EXPRESADO EN LEGISLACIÓN NACIONAL	21
A. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DE DECLARACIONES UNILATERALES DE LA VOLUNTAD	22
1. <i>Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas</i>	22
2. <i>Reglas de interpretación de las declaraciones unilaterales</i>	32
3. <i>Aplicación de los principios de interpretación de declaraciones internacionales a una aparente oferta abierta a arbitraje CIADI</i>	36
B. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONVENCIONAL	42
1. <i>Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados</i>	42
2. <i>Reglas de interpretación convencional</i>	43
3. <i>Aplicación de los principios de interpretación convencional a una aparente oferta abierta a arbitraje CIADI</i>	45
C. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL.....	46
1. <i>Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales</i>	47

2.	<i>Reglas de interpretación contractual</i>	48
3.	<i>Aplicación de los principios de interpretación contractual a una aparente oferta abierta a arbitraje CIADI</i>	53
D.	PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN LEGAL	55
1.	<i>Escuelas de interpretación legal</i>	55
2.	<i>Aplicación de los principios de interpretación legal a una aparente oferta abierta a arbitraje CIADI</i>	59
E.	ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE INVERSIÓN	60
1.	<i>SPP v. Egipto</i>	61
2.	<i>Casos de Venezuela</i>	66
a.	Argumentos de las partes	67
b.	Análisis de la sentencia del Tribunal	68
III.CONCLUSIONES		72
BIBLIOGRAFÍA		73
A.	LIBROS Y TRATADOS	73
B.	ARTÍCULOS Y ENSAYOS	74
C.	RESOLUCIONES JUDICIALES Y DEMÁS DECISIONES RELEVANTES	75
1.	<i>Laudos en materia de inversión</i>	75
2.	<i>Decisiones de la Corte Internacional de Justicia</i>	76
3.	<i>Laudos de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional</i>	76
D.	LEGISLACIÓN, TRATADOS, CONVENIOS Y OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	76
E.	DOCUMENTOS DE NACIONES UNIDAS Y DEMÁS ORGANIZACIONES Y ORGANISMOS INTERNACIONALES	77
F.	OTROS.....	78
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA		80

Tabla de abreviaturas

C.I.J. o Corte	Corte Internacional de Justicia
Cf.	Contrastar con
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
Convención de Viena	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
Convenio CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados
Cuarto Informe	Cuarto informe del Relator Especial sobre los actos unilaterales del Estado
ed(s)	Editores
Ed.	Editorial
Estado Contratante o Estado parte	Estado parte del Convenio CIADI
Estatuto de la Corte	Estatuto de la Corte Internacional de Justicia
<i>i.e.</i>	<i>id est</i>
ILC o Comisión	<i>International Law Commission of the United Nations</i> (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas)
<i>inter alia</i>	entre otros
n(n).	Nota(s) al pie de página
Noveno Informe	Noveno informe del Relator Especial sobre los actos unilaterales del Estado
p(p).	Página(s)
para(s).	párrafo(s)
Primer Informe	Primer informe del Relator Especial sobre los actos

	unilaterales del Estado
Principios Rectores	Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas
Principios UNIDROIT	Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales
Quinto Informe	Quinto informe del Relator Especial sobre los actos unilaterales del Estado
secc.	sección
Segundo Informe	Segundo informe del Relator Especial sobre los actos unilaterales del Estado
Sess.	Sesión
t.	Tomo
TBI	Tratado bilateral de Inversión o Tratado bilateral para la promoción y protección de inversiones
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
U.N. Doc.	<i>United Nations Document</i> (Número de documento de las Naciones Unidas)
U.N. GAOR	<i>United Nations General Assembly Official Records</i> (Registros oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas)
U.N.T.S.	<i>United Nations Treaty Series</i> (Serie de Tratados de las Naciones Unidas)
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo)
UNGA	<i>United Nations General Assembly</i> (Asamblea General de las Naciones Unidas)
Vol.	Volumen
Yearbook. . .	<i>Yearbook of the International Law Commission</i> (Anuario de la Comisión de Derecho Internacional)

Introducción

El arbitraje en materia de inversión administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, también conocido como arbitraje CIADI, constituye uno de los mecanismos alternativos de solución de controversias más populares y exitosos que existen a nivel internacional. El arbitraje CIADI permite a los Estados e inversionistas extranjeros remitir de común acuerdo cualquier controversia relacionada con las inversiones de los últimos dentro del territorio de los primeros.

Los Estados tienen la facultad de otorgar su consentimiento al arbitraje CIADI de diversas formas. Además de hacer esto mediante una cláusula arbitral contenida en un contrato o un acuerdo compromisorio suscrito directamente con el inversionista, pueden otorgarlo a través de tratados internacionales o por una oferta abierta a arbitraje expresada en la legislación nacional. Estas dos últimas modalidades han sido definidas en la doctrina como arbitraje fuera de la exclusividad de un contrato (*arbitration without privity*).¹

Sin embargo, puede ocurrir que un Estado únicamente haga mención en su ley nacional de aquellos mecanismos jurisdiccionales a los cuales podría recurrir un potencial inversionista y que dicha declaración no constituya una oferta de arbitraje. El problema entonces surge cuando la redacción no es clara y un inversionista extranjero se encuentra interesado en hacer valer la posible oferta de arbitraje contenida en dicho instrumento legislativo y a su vez el Estado asevera su inexistencia.

¹ Ver en lo general, PAULSSON, Jan, "Arbitration without privity", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Washington, otoño 1995, Vol. 10, No. 2, pp. 232-257; NOLAN, Michael y CAIVANO, Frédéric G., "Limits of consent - Arbitration without privity and beyond" en Fernández- Ballesteros, M. Á. y Arias, David (eds.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, España, La Ley, 2010, pp. 873-911.

Cuando el consentimiento está contenido en un contrato o en un tratado internacional resultan aparentemente claras las reglas o el estándar de interpretación para determinar la existencia y el alcance del consentimiento a arbitraje. Sin embargo, como lo demuestra la literatura y el *corpus* de jurisprudencia contemporáneo, no sucede lo mismo cuando el consentimiento es otorgado a través de legislación nacional, o más bien cuando un Estado formula una oferta abierta a arbitraje CIADI.

En este caso resulta de suma importancia determinar cuál es el canon de interpretación de la aparente oferta unilateral contenida en la legislación, ya que, por ejemplo, la aplicación de ciertas reglas de interpretación contractual podría conducir a un resultado distinto de aquel obtenido si se aplicaran las reglas de interpretación convencional o aquellas reglas aplicables a las declaraciones unilaterales.

Si se determinara que dicha declaración constituye una oferta de arbitraje en el sentido contractual clásico entonces, discutiblemente y en opinión de algunos autores, podrían ser aplicables los principios de interpretación propios de un acuerdo arbitral típico. Uno de los efectos de lo anterior sería que el Estado estaría sujeto a reglas de interpretación desfavorables a sus intereses, tal como el principio de interpretación *contra proferentem*. Si por el contrario se determinara que dicha declaración no constituye una oferta vinculante sino una figura de cualquier otra naturaleza, ese podría ser el fin de la disputa.

Al abordar este tema, varios autores parecen enfocar su análisis en el aparente consentimiento creado en virtud de una supuesta oferta contenida en la legislación nacional, lo cual supone la existencia y validez de una oferta previa. Sin embargo, cuando un Estado alega la inexistencia del consentimiento o del requisito *ratione voluntatis* en realidad ataca la existencia de la oferta misma.

En este sentido, hay quienes han alegado que en caso de duda sobre la existencia del consentimiento, el principio *contra proferentem* es aplicable para determinar la existencia y extensión del consentimiento, y por tanto, la declaración se debe interpretar en contra del Estado redactor y a favor de la existencia de la jurisdicción.

Establecer de manera clara cuál es el estándar jurídico aplicable a una oferta unilateral carente de claridad, ofrecería mayor certeza jurídica y predictibilidad a las partes. Una consecuencia positiva de esto es que, posiblemente al tener *a priori* claras las reglas del juego, los inversionistas se refrenarían o serían más cautelosos al establecer una inversión en un país receptor cuya legislación acepte múltiples interpretaciones respecto de las aparentes cláusulas jurisdiccionales contempladas en la misma y que no cuenten con un TBI favorable a sus intereses. Asimismo, los Estados podrían buscar ser más claros y explícitos con respecto a las obligaciones que genuinamente desean crear.

Lo anterior guarda relevancia con el derecho interno en virtud de que México es un país con una economía abierta, interesado en recibir inversión extranjera, y que no está exento de llegar a enfrentarse en un futuro a una problemática similar a la aquí planteada.

La presente investigación está dirigida a determinar cuáles son las reglas aplicables a la interpretación de una aparente oferta abierta a arbitraje CIADI contenida en la legislación nacional, especialmente cuando un Estado alega su inexistencia. Partimos de la premisa de que la naturaleza de la obligación jurídica marcará la pauta para determinar cuáles son los principios aplicables a la interpretación de dicha figura contenida en la legislación nacional. En consecuencia, las reglas de interpretación de las declara-

ciones unilaterales internacionales se postran como el sistema de reglas ideal para determinar la existencia y los alcances del consentimiento.

En el presente trabajo de investigación se empleó la técnica de análisis doctrinal y estudio de casos, con auxilio de los métodos sistemático, inductivo y deductivo; lo cual significa que, con base en la bibliografía recabada, se agrupó la información en sistemas coherentes para extraer los principios generales contenidos en los diversos instrumentos de interpretación y determinar cuál es la interrelación de estos principios con el caso objeto de este estudio. Asimismo, se emplea el método inductivo para desentrañar la norma que se desprende de los casos prácticos.

El primer capítulo ofrece un panorama general del Convenio CIADI, y enmarca la importancia de este instrumento en la época contemporánea.

El segundo capítulo aborda sucintamente los requisitos jurisdiccionales que resulta necesario satisfacer para que un tribunal CIADI pueda conocer sobre una reclamación presentada por un inversionista extranjero. Este capítulo detalla los elementos de cada requisito jurisdiccional.

EL tercer capítulo busca identificar cuál es el estándar de interpretación adecuado cuando nos encontramos ante una aparente cláusula de consentimiento a arbitraje CIADI contenida en una ley nacional, para lo cual se hace en principio una recapitulación y crítica sobre los diversos instrumentos y reglas de interpretación que podrían emplearse; y continúa con un análisis de la jurisprudencia relevante en la materia, para desentrañar el canon de interpretación internacional adoptado por los tribunales CIADI. Este capítulo, por tanto, se subdivide de la siguiente manera: primero se analizan las normas de interpretación de declaraciones unilaterales contenidas en los Principios rec-

tores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas (Principios Rectores); después se estudian las normas consuetudinarias de interpretación convencional codificadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena); a continuación se examinan las normas de interpretación contractuales contenidas en los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios UNIDROIT) y finalmente se analizan las normas de interpretación legal que han tenido mayor injerencia y aceptación en los sistemas jurídicos contemporáneos.

A modo de conclusión se ofrecen los hallazgos concisos derivados del presente trabajo de investigación.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

A. Convenio CIADI

En el paradigma planteado por el nuevo orden mundial, la apertura económica constituye el modelo idóneo para conseguir el progreso y la paz internacional tan anhelados tras la Segunda Guerra Mundial.² En la implementación de dicho modelo, los países comienzan a permitir paulatinamente la entrada de bienes y servicios extranjeros a su territorio, así como la participación del capital extranjero en inversiones nacionales. Sin embargo, existe una legítima preocupación, principalmente por parte de los capitales privados interesados en introducirse en una economía periférica, respecto de la estabilidad y transparencia ofrecida por los países receptores.

El arbitraje inversionista-Estado surge en respuesta a la necesidad de las partes de contar con un mecanismo de solución de controversias expedito y confiable. En un inicio, las partes recurrían al presidente del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, también conocido como Banco Mundial, para solicitar la designación de árbitros o para que éste fungiera como conciliador en alguna controversia; hasta que surge la innovadora idea de crear un instrumento internacional que ofrezca un marco legal general para la solución de controversias y plantea la creación de una institución administradora de arbitrajes, estrechamente ligada al Grupo Banco Mundial, pero independiente de éste. Esto constituye la génesis del Centro Internacional de Arreglo de Dife-

² Ver en lo general JACKSON, John H., "Reflections on the Trade & Peace Relationship", en P. Ala'i *et al.* (eds.), *Trade as Guarantor of Peace, Liberty and Security?--Critical, Empirical and Historical Perspectives*, Studies in Transnational Legal Policy, Vol. 37, Washington, D.C., American Society of International Law, 2006, pp. 23-32.

rencias Relativas a Inversiones (CIADI) y del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI).

Desde el surgimiento del Centro, una institución del Grupo Banco Mundial con sede en Washington D.C., que administra disputas entre Estados e inversionistas en virtud de las inversiones de estos últimos en el territorio de aquellos, y del Convenio CIADI, instrumento que dio surgimiento a dicha institución en 1966, se ha dado un auge en la firma y ratificación de instrumentos internacionales para la protección de la inversión extranjera, principalmente materializados en tratados bilaterales para la promoción y protección de inversiones (TBI)³, en los cuales muchas veces los Estados acuerdan otorgar protección a los inversionistas nacionales de sus Estados mediante la adopción de disposiciones que, *inter alia*, prevén el sometimiento del Estado a arbitraje para solucionar las disputas que se susciten con el inversionista extranjero en relación con dicho acuerdo y, correlativamente, aceptan someterse a la jurisdicción de un órgano arbitral si algún inversionista calificado llegara a incoar los procedimientos. En múltiples ocasiones la institución arbitral predilecta por las partes ha sido el CIADI.

Al día de hoy existen 158 Estados signatarios del Convenio CIADI y, de éstos, 150 Estados han depositado los instrumentos de ratificación o aceptación del Convenio.⁴

³ A la fecha existen cerca de 2700 TBIs, muchos de los cuales ofrecen la posibilidad de recurrir a arbitraje. Ver, ANDREEVA, Yulia, "Interpreting consent to arbitration as a unilateral act of state: A case against conventions", *Arbitration International*, Vol. 27, No. 2, 2011 (en adelante "ANDREEVA, Yulia"), p. 13; MEZGRAVIS, Andrés A., "El estándar de interpretación aplicable al consentimiento y a su revocatoria en el arbitraje de inversiones" en Soto Coaguila, Carlos Alberto (director), *Tratado de Derecho Arbitral*, t. II: El Convenio Arbitral, Bogotá, Universidad Pontificia Javeriana-Instituto Peruano de Arbitraje, 2011 (en adelante "MEZGRAVIS, Andrés"), p 836.

⁴ Ver, "Lista de Estados Contratantes y signatarios del Convenio", Secretariado General del CIADI, Doc. CIADI/3, actualizada al 1 de noviembre de 2013, disponible en <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=Spanish>

Adicionalmente al Convenio CIADI, existen las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, lo cual permite a los Estados e inversionistas extranjeros nacionales de un Estado que no es signatario de esta convención recurrir al arbitraje CIADI cuando así lo deseen. Éste es el mecanismo empleado por los inversionistas estadounidenses y canadienses al incoar procedimientos en contra de México en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN),⁵ ya que recientemente Canadá ratificó el Convenio CIADI.⁶

B. Jurisdicción de los Tribunales CIADI

La jurisdicción de los tribunales CIADI se rige por el artículo 25 del Convenio CIADI. La jurisprudencia en materia de arbitraje de inversión ha asentado en múltiples ocasiones que las cuestiones jurisdiccionales son regidas exclusivamente por el artículo 25 del Convenio CIADI, y no así por el artículo 42(1)⁷, disposición que regula la materia sus-

⁵ El artículo 1120 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre Estados Unidos de América, Canadá y México dispone lo siguiente:

1. Salvo lo dispuesto en el Anexo 1120.1 y siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con:

(a) el Convenio de CIADI, siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo;

(b) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sea Parte del Convenio del CIADI; o

(c) las Reglas de Arbitraje de CNUDMI.

2. Las reglas aplicables al procedimiento arbitral seguirán ese procedimiento salvo en la medida de lo modificado en esta sección.

⁶ Ver, Julius Melnitzer, "Canada ratifies World Bank's ICSID Convention", Financial Post, 2 de noviembre de 2013, disponible en <http://business.financialpost.com/2013/11/02/canada-ratifies-world-banks-icsid-convention/> (última vista 23 de diciembre de 2013).

⁷ El Artículo 42 del Convenio CIADI establece lo siguiente:

(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 di-

tantiva de las controversias.⁸ En este sentido, el Comité de Anulación de *CMS Gas v. Argentina* sostuvo la decisión del tribunal con respecto al *jus standi* de la demandante y recalcó que:

[L]a jurisdicción del Centro está determinada no por el artículo 41(2) del Convenio CIADI, sino por el artículo 25. La competencia del Tribunal está regida por los términos del instrumento en el cual se expresa el consentimiento de las partes al arbitraje CIADI.⁹

El Capítulo II del Convenio CIADI recoge la disposición relativa a la jurisdicción del Centro en su artículo 25, el cual establece lo siguiente:

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan con-

ferencia, 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*.

Artículo 42, Convenio CIADI.

⁸ Ver, por ejemplo, *CSOB v. Eslovaquia*, Decisión sobre jurisdicción, 24 de mayo de 1999, para. 35; *CMS v. Argentina*, Decisión sobre jurisdicción, 17 de julio de 2003, paras. 42,88; *CMS v. Argentina*, Decisión sobre anulación, 25 de septiembre de 2007 (en adelante "*CMS v. Argentina*, Decisión sobre anulación"), para. 68; *Azurix v. Argentina*, Decisión sobre jurisdicción, 8 de diciembre de 2003, paras. 48-50; *Enron v. Argentina*, Decisión sobre jurisdicción, 14 de enero de 2004, para. 38; *Siemens v. Argentina*, Decisión sobre jurisdicción, 3 de agosto de 2004, paras. 29-31; *Camuzzi v. Argentina*, Decisión sobre jurisdicción, 11 de mayo de 2005, paras. 15-17, 57; *Sempra v. Argentina*, Decisión sobre jurisdicción, 11 de mayo de 2005, paras. 25-27; *AES Corp. v. Argentina*, Decisión sobre jurisdicción, 26 de abril de 2005, paras. 34-39; *Jan de Nul N.V. y Dredging Intl. N.V. v. Egipto*, Decisión sobre jurisdicción, 16 de junio de 2006, paras. 65-68, 82; *Saipem v. Bangladesh*, Decisión sobre jurisdicción, 21 de marzo de 2007, paras. 68,78, 82; *Noble Energy y Machalapower v. Ecuador*, Decisión sobre jurisdicción, 5 de marzo de 2008, paras. 56-57.

⁹ *CMS v. Argentina*, Decisión sobre anulación, para. 68

sentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

(2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:

(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes presentaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

(3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

(4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que

aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.¹⁰

De lo anterior se desprende que los elementos con que debe cumplir una reclamación para ser adjudicada ante el Centro son los siguientes:

- i. que la disputa sea de naturaleza jurídica y que la misma surja en virtud de una inversión;
- ii. que dicha inversión involucre a un Estado Contratante del Convenio CIADI y a un inversionista nacional de otro Estado Contratante del Convenio CIADI; y
- iii. que exista el consentimiento de ambas partes, otorgado por escrito, para someter dicha controversia a la jurisdicción del Centro.¹¹

En la doctrina, estos elementos se denominan requisito *ratione materiae*, *ratione personae* y *ratione voluntatis*, respectivamente. Cuando se reúnen dichos elementos, podemos decir que los órganos jurisdiccionales constituidos conforme al Convenio CIADI tienen competencia para resolver el fondo de la disputa.¹²

¹⁰ Artículo 25, Convenio CIADI.

¹¹ Al hablar de la jurisdicción del Centro nos referimos a la jurisdicción de la cual están investidos los tribunales arbitrales constituidos en virtud del artículo 37 del Convenio CIADI.

¹² A lo largo del presente escrito se hará referencia de manera análoga a los términos jurisdicción y competencia, ya que en materia internacional no se reconoce la distinción característica que se hace de estas figuras en derecho común. Conforme a derecho internacional, la jurisdicción y competencia con que cuenta un organismo jurisdiccional internacional se entienden en el sentido más amplio bajo el principio "*kompetenz-kompetenz*", el cual se refiere a la capacidad que tiene un tribunal internacional para resolver sobre la existencia de su propia jurisdicción. Dicha facultad es reconocida por el Convenio CIADI en el artículo 41(1).

Al someterse una disputa a la jurisdicción del Centro, es común que la parte demandada objete la jurisdicción del tribunal cuando no se cumpla con alguno de los requisitos antes mencionados. En dicho caso, la parte demandada puede solicitar que el procedimiento se bifurque para que se aborden en un primer momento las objeciones a la jurisdicción y posteriormente, tras haberse resuelto que efectivamente existe la jurisdicción del tribunal, el fondo de la controversia.

No obstante que nuestro estudio se avocará principalmente al análisis del requisito *ratione voluntatis*, y las reglas de interpretación idóneas cuando nos encontramos ante una aparente oferta a arbitraje formulada a través de legislación nacional, a continuación presentamos un breve análisis sobre cómo se entienden los requisitos jurisdiccionales en la doctrina y en la práctica.

1. Requisito *Ratione Materiae*

El tribunal cuenta con jurisdicción *ratione materiae* cuando se le presenta: a) una disputa; b) de naturaleza legal; c) que esté directamente relacionada con la operación correspondiente; y d) que dicha operación califique como una inversión.

a. Existencia de una disputa

Con respecto al primer requisito, el tribunal en el caso *Texaco v. Libia* caracterizó una disputa como “una diferencia de intereses presente y puntos de vista legales encontrados”.¹³ Otros tribunales CIADI han adoptado un enfoque similar sobre este punto.¹⁴

¹³ *Texaco Overseas Petroleum Company y California Asiatic Oil Company v. República Árabe de Libia*, Laudo Preliminar, 27 de noviembre de 1975, 53 ILR 389, p. 416.

b. Carácter legal de la disputa

En lo referente al segundo requisito, se entiende que las disputas son de carácter legal si se refieren a “la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal”.¹⁵ Por su parte, los tribunales CIADI han desechado el argumento de que una disputa sea de naturaleza política o económica siempre que las reclamaciones hayan sido presentadas en términos legales.¹⁶

c. Disputa directamente relacionada con la inversión

El tercer requisito establece que la disputa debe estar directamente relacionada con la inversión en cuestión, *i.e.* la disputa debe guardar proximidad razonable con la inversión. Los tribunales tendrán la tarea de determinar caso por caso si ciertas actividades periféricas, como el arrendamiento de propiedades o la adquisición de bienes, están directamente conectadas a la inversión.¹⁷ El tribunal de *Fedax N.V. v. Venezuela* determinó que este elemento se refiere al carácter de la inversión, es decir que la expresión “directamente” no se refiere a que la inversión deba ser inversión extranjera directa.¹⁸

¹⁴ DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2008 (en adelante DOLZER & SCHREUER), n. 73.

¹⁵ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, reproducido en ICSID Reports 28 (en adelante Informe de los Directores Ejecutivos), para. 26.

¹⁶ DOLZER & SCHREUER, *op. cit.*, n. 13, p. 231 y nn. 76-77.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 231-232.

¹⁸ *Fedax N.V. v. Venezuela*, Decisión sobre jurisdicción, 11 de julio de 1997, 37 ILM 1378 (1998), para. 24.

d. Existencia de una inversión

El principal requisito es que la disputa debe versar sobre una inversión. En la versión final del Convenio CIADI no se incluyó una definición categórica de inversión, ya que esto podía dar lugar en la práctica a un debate innecesario sobre la existencia de la jurisdicción, aun cuando fuera clara la intención de las partes de recurrir a arbitraje.¹⁹ Aun cuando el requisito de la existencia de una inversión es objetivo, las partes cuentan con amplia discreción para especificar qué inversiones están cubiertas por el Convenio CIADI.²⁰

La doctrina ha identificado elementos comunes a todas las inversiones: debe existir un compromiso substancial, el proyecto debe tener una cierta duración, debe haber un elemento de riesgo, y la transacción debe ser relevante para el desarrollo del Estado receptor.²¹

2. Requisito Ratione Personae

La naturaleza del arbitraje CIADI es mixta, en tanto que involucra a estados soberanos que hayan firmado y ratificado el Convenio CIADI por un lado, e inversionistas extranjeros nacionales de un Estado parte del Convenio CIADI por el otro.²²

¹⁹ ESCOBAR, Alejandro A., "Module 2.5. Requirements Ratione Materiae", Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property, UNCTAD, Doc. No. UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.4, Nueva York y Ginebra, 2003, p.13.

²⁰ *Ibidem*, pp. 14-15; DOLZER & SCHREUER, *op. cit.*, n. 13, p.233.

²¹ *Idem*.

²² DOLZER & SCHREUER, *op. cit.*, n. 13, p. 233; AL-SHARMANI, Mona, "Module 2.4. Requirements Ratione Personae", Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property, UNCTAD, Doc. No. UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.3, Nueva York y Ginebra, 2003, (en adelante "AL-SHARMANI, MONA"), p.5. Sobre la naturaleza híbrida del arbitraje, ver en general SCHREUER, Christoph,

a. Estado receptor

El Convenio CIADI permite a los Estados autorizar ante el Centro a subdivisiones políticas u organismos públicos para someter controversias a la jurisdicción del Centro. Aun cuando el Convenio CIADI no proporciona una definición sobre lo que se entiende por subdivisión política u organismo público, de manera general podemos decir que una “subdivisión política” se refiere a cualquier entidad territorial que se encuentre abajo del Estado, tales como estados, provincias, cantones o municipios.²³ El término “organismo público” responde a la naturaleza pública de las funciones que desempeña el organismo, *i.e.* que actúe en nombre del Estado contratante, sin importar si el organismo tiene personalidad jurídica propia o no.²⁴

b. Inversionista

El Convenio CIADI reconoce tanto a las personas físicas como a las personas morales que invierten en un país. Estos inversionistas deben cumplir con el requisito positivo de nacionalidad, es decir que deben tener la nacionalidad de un Estado contratante, y con el requisito negativo de nacionalidad, lo que significa que los inversionistas no tengan la nacionalidad del Estado receptor;²⁵ ambos requisitos se deben cumplir al momento de consentir al arbitraje CIADI y cuando se registra la solicitud de arbitraje ante el Centro. Puede suceder que una corporación tenga la nacionalidad del Estado receptor, y aun

“Relevance of Public International Law in International Commercial Arbitration: Investment Disputes”, disponible en http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_1.pdf

²³ AL-SHARMANI, MONA, *op. cit.*, n. 21, p 9

²⁴ *Idem*; DOLZER & SCHREUER, *op. cit.*, n. 13, pp. 198-206, 234.

²⁵ DOLZER & SCHREUER, *op. cit.*, n. 13, p. 236; AL-SHARMANI, MONA, *op. cit.*, n. 21, p.13.

así tenga acceso a arbitraje, en virtud de que así lo acordaran las partes ya que la corporación efectivamente se encuentra bajo control extranjero.

La nacionalidad de un individuo inversionista se determina principalmente por las reglas del país del cual ostenta la nacionalidad;²⁶ y el derecho municipal usualmente se adhiere a uno de dos criterios: *ius sanguini* o *ius soli*, en virtud de los cuales la nacionalidad se adquiere en razón de la ascendencia o de haber nacido dentro del territorio de un país, respectivamente. Adicionalmente, existe el criterio de residencia, bajo el cual se otorga la nacionalidad después de un determinado periodo de residencia.²⁷

Excepcionalmente, las reglas municipales se pueden soslayar en los casos de “nacionalidad por conveniencia”, *i.e.* cuando la nacionalidad sea otorgada aún a falta de cualquier vínculo entre el Estado otorgante de la nacionalidad y el individuo; bajo este supuesto un Estado tendría bases sólidas para objetar la jurisdicción *ratione personae*.²⁸

Para determinar la nacionalidad de una persona moral se aplican principalmente dos criterios: el del lugar de su constitución, es decir que aplican las leyes de aquel país en el cual está constituida la empresa, y el lugar de su asiento (*siège sociale*), es decir que aplican las leyes del lugar donde se encuentra el centro de sus operaciones. Un tercer criterio relevante es el de control extranjero, es decir que sea un inversionista ex-

²⁶ DOLZER & SCHREUER, *op. cit.*, n. 13, p. 47, AL-SHARMANI, MONA, *op. cit.*, n. 21, p.13-14; REDFERN A., HUNTER M., et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5a Ed., Nueva York, Oxford University Press, 2009 (en adelante “REDFERN & HUNTER”), secc.11-07.

²⁷ AL-SHARMANI, MONA, *op. cit.*, n. 21, p.14.

²⁸ *Idem*.

tranjero quien está en poder de las acciones de la empresa o tenga poder de administración y decisión sobre la inversión.²⁹

3. Requisito *Ratione Voluntatis*

Como cualquier otro tipo de arbitraje, el arbitraje CIADI se funda en el consentimiento de las partes,³⁰ y éste constituye “la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro”.³¹ El consentimiento a arbitraje CIADI debe hacerse por escrito, pero no es necesario que conste en un mismo instrumento la oferta y la aceptación; en este sentido, el arbitraje CIADI se aparta del arbitraje comercial en la medida en que un Estado puede formular una oferta dirigida a un inversionista calificado a través de legislación nacional o de un TBI, adicionalmente a un acuerdo compromisorio o cláusula arbitral. El consentimiento, asimismo, debe ser expreso.³²

A continuación abordaremos las tres formas en que se puede otorgar el consentimiento a arbitraje CIADI.

a. Acuerdo o cláusula arbitral

Es una práctica común que los Estados negocien con los inversionistas la sumisión de ciertas controversias a arbitraje CIADI en el marco de un contrato en específico, me-

²⁹ DOLZER & SCHREUER, *op. cit.*, n. 13, p. 49-60, AL-SHARMANI, MONA, *op. cit.*, n. 21, p.15; REDFERN & HUNTER, *op. cit.*, n. 25, secc. 11-08.

³⁰ DOLZER & SCHREUER, *op. cit.*, n. 13, p. 238; SCHREUER, Christoph, “Module 2.3. Consent to Arbitration”, Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property, UNCTAD, Doc. No. UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.2, Nueva York y Ginebra, 2003, (en adelante “SCHREUER, Christoph”), p. 1.

³¹ Informe de los Directores Ejecutivos, para. 23.

³² SCHREUER, Christoph, *op. cit.*, n. 29, p. 5.

diante la inclusión de una cláusula arbitral en el contrato mismo. A tal efecto, el CIADI ha preparado una serie de Cláusulas Modelo que podrían servir de base en la redacción de la cláusula arbitral.³³ Asimismo, las partes pueden firmar un compromiso o contrato arbitral posterior al surgimiento de la disputa.

b. Tratado Bilateral de Inversión

Otro método a través del cual el Estado puede otorgar su consentimiento a arbitraje CIADI es mediante la firma de un tratado entre el Estado receptor y el Estado del cual es nacional el inversionista. Este método ha ganado mucha popularidad en los últimos años y constituye la base de la mayor parte de las disputas incoadas ante el CIADI.³⁴

Además, este método ha sido adoptado por una serie de tratados regionales multilaterales como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte firmado por Estados Unidos, Canadá y México, y el Tratado sobre la Carta de la Energía firmado por más de 46 Estados.³⁵

La mera mención a arbitraje CIADI no implica necesariamente el consentimiento de los Estados, por lo que es importante analizar a detalle la cláusula jurisdiccional y cualquier otro requisito ahí estipulado.

³³ ICSID Model Clauses, Doc. ICSID/5/Rev.2 de 1 de febrero de 1993, reproducidas en 4 ICSID Reports 357.

³⁴ Según las estadísticas proporcionadas por el Secretariado General del CIADI, el 65% de los casos registrados ante el CIADI están fundados en un TBI. Ver, "The ICSID Caseload – Statistics" (Issue 2013-2), publicado por el Secretariado General del CIADI, actualizado al 30 de junio de 2013, disponible en <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=English42>, p.10, Cuadro 5.

³⁵ El Artículo 26(3)(a) de la Carta estipula en la parte relevante que: "...toda Parte Contratante otorga por medio del presente su consentimiento incondicional para someter disputas a arbitraje internacional o conciliación de conformidad con este artículo": Ver Energy Charter Treaty, artículo 26(3)(a).

c. Legislación nacional

Los Directores Ejecutivos evidencian en su Informe que fue contemplada la posibilidad de que los Estados otorgaran su consentimiento a arbitraje CIADI a través de la legislación nacional promulgada para promover la inversión extranjera.³⁶

La doctrina ha distinguido cuatro tipos de referencias a arbitraje que se pueden encontrar en la legislación nacional: primero, aquellas referencias mediante las cuales el Estado hace una oferta inequívoca; segundo, aquellas referencias que son menos explícitas, pero de igual manera expresan el consentimiento del Estado; tercero, aquellas referencias que claramente no constituyen una oferta abierta a arbitraje, en tanto que exigen un acuerdo ulterior entre las partes; y cuarto, aquellas referencias ambiguas, en donde los Estados hacen referencia al arbitraje CIADI, pero no queda claro si tienen el deseo de recurrir a arbitraje CIADI, este caso puede llevar a las partes a una disputa sobre su contenido.³⁷

En vista de lo anterior, y en virtud de que no hay una fórmula exclusiva para otorgar el consentimiento a arbitraje CIADI, es importante realizar un análisis meticuloso de la disposición en cuestión antes de aseverar la existencia del consentimiento a arbitraje CIADI.

³⁶ Informe de los Directores Ejecutivos, para. 24.

³⁷ DOLZER & SCHREUER, *op. cit.*, n. 13, pp. 240-242; SCHREUER, Christoph, *op. cit.*, n. 29, p.11-13; POTESTA, Michele, "The interpretation of consent to ICSID Arbitration contained in domestic investment laws", *Arbitration International*, Vol. 27, No. 2, 2011 (en adelante "POTESTA, Michele"), pp. 9-11.

En el siguiente capítulo analizaremos los diversos instrumentos de interpretación que enmarcan diversas reglas que podrían servir para interpretar el aparente consentimiento a arbitraje CIADI contenido en la legislación nacional.

II. ESTÁNDAR DE INTERPRETACIÓN DEL REQUISITO *RATIONE VOLUNTATIS* EXPRESADO EN LEGISLACIÓN NACIONAL

En la historia del CIADI ha habido múltiples casos relacionados con la jurisdicción *ratione materiae* y *ratione personae*, y, en contraste, ha habido pocos casos relacionados con la jurisdicción *ratione voluntatis*. Podemos afirmar que han sido aún menos los tribunales que se han enfrentado a la cuestión del consentimiento contenido específicamente en la legislación nacional.

Desde una óptica internacional, el estándar de interpretación aplicable al consentimiento a arbitraje, ya sea que éste se encuentre contenido en la legislación nacional o en cualquier otro instrumento, dependerá de la naturaleza del acto en cuestión. Sin embargo, el enfoque que han adoptado los tribunales y la doctrina internacional es muy diverso.

Algunos autores sostienen que dicho consentimiento debería interpretarse utilizando las normas de interpretación contractual,³⁸ mientras que algunos otros plantean que deberían ser aplicables las normas de interpretación legal.³⁹ En la práctica, los Estados se han inclinado por sugerir la aplicación de un principio de interpretación estricta,⁴⁰ el cual es avalado por los Principios Rectores; en tanto que sus contrapartes han recurrido a solicitar la aplicación de los principios de interpretación convencional plas-

³⁸ Ver *infra*, p. 53.

³⁹ Ver *infra*, p. 59.

⁴⁰ Ver, SCHREUER, Christoph H. et al., *The ICSID Convention: A Commentary*, 2a ed., Nueva York, Cambridge University Press, 2009, p. 251.

mados en la Convención de Viena y han rechazado una interpretación estricta. Por su parte, varios tribunales han adoptado un mecanismo de interpretación mixto.⁴¹

A continuación se presentarán brevemente los diversos enfoques mediante los cuales se puede abordar esta cuestión, seguido del análisis de la jurisprudencia relevante en materia CIADI.

A. Principios de interpretación de declaraciones unilaterales de la voluntad

1. Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas

En 1996, durante su cuadragésimo octavo periodo de sesiones, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas propuso a la Asamblea General incluir dentro de sus temas de estudio, en vista del diverso material con el que contaban en la materia, el derecho de los actos unilaterales formulados por los Estados, con miras a codificar los principios rectores de dichos actos, contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional y ofrecer mayor seguridad jurídica en el plano internacional a los Estados.⁴²

El siguiente año la Asamblea General aprobó una resolución en la que invitaba a la Comisión a examinar la viabilidad del tema,⁴³ lo cual llevó a la Comisión a establecer

⁴¹ Ver *infra*, p. 68.

⁴² U.N. GAOR, ILC, Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su Cuadragésimo octavo periodo de sesiones, sostenido del 6 de mayo al 26 de julio de 1996, U.N.Doc. A/51/10 (A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2)), Yearbook. . . 1996, vol. II(2), Annex II (En adelante "Informe de la Comisión en su 48^{vo} periodo de sesiones")

⁴³ U.N. GAOR, General Assembly, Resolution Adopted by the General Assembly On the Report of the Sixth Committee, UN DOC UNGA A/Res/51/160, 30 de enero de 1997.

un Grupo de Trabajo en el tema y, subsecuentemente, a designar a Víctor Rodríguez Cedeño como Relator Especial.

El tema se abordó desde la cuadragésima octava sesión hasta la quincuagésima octava sesión, momento en el cual la Comisión decidió aprobar una serie de lineamientos aplicables a las declaraciones unilaterales internacionales, denominados “Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas”,⁴⁴ los cuales se sustentan en una serie de nueve informes elaborados por el Relator especial designado a tal efecto.

Desde un principio la Comisión parecía estar clara con respecto al ámbito de estudio que debía abarcar este ejercicio de codificación, al establecer que se abordarían aquellos “actos [unilaterales] formulados con la intención de producir efectos ‘legales’ y dirigidos a crear, reconocer, salvaguardar o modificar derechos, obligaciones o situaciones jurídicas”⁴⁵ y que no sería necesario considerar aquellos “actos que, *prima facie*, [eran] de carácter unilateral cuando [eran] vistos aisladamente, [pero que] sin embargo . . . las características y efectos de dichos actos [eran] regidos por el derecho de los tratados”.⁴⁶

No obstante lo anterior, la cuestión de si algunos actos formalmente unilaterales insertos en una relación convencional debían ser considerados fue discutida de manera

⁴⁴ U.N. GAOR, ILC, Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su Quincuagésimo octavo periodo de sesiones, sostenido del 1 de mayo al 9 de junio y del 3 de julio al 11 de agosto de 2006, U.N.Doc. Suplemento N° 10 (A/61/10).

⁴⁵ U.N. GAOR, ILC, Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su Cuadragésimo noveno periodo de sesiones, sostenido del 12 de mayo al 18 de julio de 1997, U.N.Doc. A/52/10 (A/CN.4/SER.A/1997/Add.1 (Part 2), Yearbook. . . 1997, vol. II(2), (En adelante “Informe de la Comisión en su 49^{vo}. periodo de sesiones”), para. 200 (traducción fiel).

⁴⁶ *Ibidem*, para. 203 (traducción fiel).

recurrente y fue motivo de controversia en el seno de la Comisión; en particular si los Principios Rectores debían regir cierto tipo de actos unilaterales⁴⁷ tales como de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia conforme al artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.⁴⁸ Esto cobra relevancia para

⁴⁷ Cf. Informe de la Comisión en su 49^{vo}. periodo de sesiones, para. 204; U.N. GAOR, ILC, Comisión de Derecho Internacional en su Quincuagésimo primero periodo de sesiones, sostenido del 3 de mayo al 23 de julio de 1999, U.N.Doc. A/54/10 (A/CN.4/SER.A/1999/Add.1 (Part 2)), Yearbook. . . 1999, vol. II(2), paras. 543, 588.

⁴⁸ El artículo 36 del Estatuto de la Corte reza de la siguiente manera:

1. La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes.
2. Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria ipso facto y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre:
 - a. la interpretación de un tratado;
 - b. cualquier cuestión de derecho internacional;
 - c. la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional;
 - d. la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.
3. La declaración a que se refiere este Artículo podrá hacerse incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad por parte de varios o determinados Estados, o por determinado tiempo.
4. Estas declaraciones serán remitidas para su depósito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá copias de ellas a las partes en este Estatuto y al Secretario de la Corte.
5. Las declaraciones hechas de acuerdo con el Artículo 36 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional que estén aún vigentes, serán consideradas, respecto de las partes en el presente Estatuto, como aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia por el periodo que aún les quede de vigencia y conforme a los términos de dichas declaraciones.
6. En caso de disputa en cuanto a si la Corte tiene o no jurisdicción, la Corte decidirá.

La naturaleza de ciertos actos unilaterales es discutible, como por ejemplo las declaraciones de aceptación de la jurisdicción de la Corte. Hay quienes sostienen que estas declaraciones de aceptación son actos puramente unilaterales, como Balladore –Pallieri para quien constituyen una promesa unilateral; por el otro lado, hay para quienes estos actos están insertos en una relación convencional a pesar de ser actos formalmente unilaterales. Ver BALLADORE-PALLERI, *Droit International Public*, Paris, LGDG, 1999, p. 359 citado en *Cuarto informe sobre los actos unilaterales del Estado, por el Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial*, U.N. GAOR, ILC, 53º periodo de Sess., U.N.Doc. A/CN.4/519 (2001) (En adelante “Cuarto Informe”), para. 83.

el presente estudio ya que, como veremos a continuación, es evidente la similitud que existe entre esta figura y la aparente oferta abierta a arbitraje CIADI.

Coincidente con lo anterior, el Relator Especial enfatizó desde su Primer Informe la importancia de distinguir entre los actos puramente unilaterales o autónomos y aquellos que, aunque formalmente unilaterales, estaban vinculados al marco convencional y en consecuencia debían recaer fuera del ámbito de estudio y de codificación.⁴⁹

En su afán por aclarar este punto crucial, el Relator presentó las principales diferencias entre un acto convencional y un acto unilateral,⁵⁰ mismas que se esquematizan en el siguiente cuadro:

⁴⁹ En su Primer Informe el Relator hizo referencia a una serie de actos que el Estado realiza, que se podrían ubicar dentro de la esfera convencional; éstos son: a) los actos vinculados al derecho de los tratados; b) aquellos relacionados con la formación de la costumbre; c) los actos que constituyen el ejercicio de un poder acordado por una disposición de un tratado o por una regla de derecho consuetudinario; d) los actos de alcance interno que no tienen efectos en el ámbito internacional; e) los que forman parte de una relación convencional, como la oferta y la aceptación; f) los relativos a la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte conforme al Artículo 36 de su Estatuto; g) los de origen convencional pero que resultan formalmente unilaterales en relación con terceros Estados; y h) los formulados en relación con un proceso ante un órgano jurisdiccional internacional y aquellos que pueden permitir a un Estado invocar el *estoppel* en un proceso. Ver *Primer informe sobre los actos unilaterales del Estado, por el Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial*, U.N. GAOR, ILC, 50° periodo de Sess., U.N.Doc. A/CN.4/486 (1998) (En adelante “Primer Informe”), para. 96.

⁵⁰ Cuarto Informe, paras. 108-115. Éste podría constituir un punto de partida para determinar si un acto se encuentra en la esfera convencional o unilateral; sin embargo, hay algunos actos que se encuentran en un claroscuro entre estas dos figuras, como las cláusulas de aceptación de la jurisdicción de la Corte.

Criterio	Acto convencional	Acto unilateral
Punto de vista formal	Es producto de una concertación de voluntades entre dos o más sujetos de derecho internacional.	Es la expresión de voluntad de un Estado en la cual no participan otros Estados.
Punto de vista material	El acto convencional da lugar al nacimiento de normas aplicables a los autores.	El acto unilateral que crea normas en relación con sujetos de derecho distintos a los autores del acto.
Efectos jurídicos	Los efectos jurídicos del acto convencional responden a la voluntad de las partes que participan en su elaboración, <i>i.e.</i> la naturaleza del acto convencional consiste en crear entre las dos partes en el acto compromisos recíprocos.	La naturaleza del acto unilateral conlleva compromisos a cargo del Estado autor y la adquisición de derechos en favor del destinatario.
Eficacia del acto	El acto convencional surte sus efectos y obliga a las partes al momento de su entrada en vigor, aunque existen obliga-	El acto unilateral surte sus efectos al momento de su formulación, es decir que el acto es oponible al Estado

Criterio	Acto convencional	Acto unilateral
	ciones previas.	autor y exigible por el destinatario a partir de ese momento.

En este tenor, el Relator especial señaló que la autonomía del acto constituía un factor dispositivo para determinar cuáles son los actos que debían estar sujetos a codificación, y agregó que la autonomía “deb[ía] ser observada desde dos puntos de vista: en primer lugar, en su relación con otro acto jurídico u otra manifestación de voluntad. . . En estos casos. . . se trata[ba] de una relación convencional, a los que se aplican las reglas existentes del derecho de los tratados. . . La autonomía deb[ía] ser igualmente observada desde el punto de vista de la obligación”.⁵¹ Es decir que existe un acto unilateral cuando éste es formalmente unilateral, *i.e.* cuando no depende de un acto preexistente (primera forma de autonomía); y cuando las obligaciones en las que se incurre son independientes de su aceptación por parte de un tercero (segunda forma de autonomía).⁵²

⁵¹ Primer Informe, paras. 138-139.

⁵² La Comisión parece coincidir con este planteamiento y sintetizó esta idea de la siguiente manera: “[el Relator especial plantea que para distinguir los actos que son puramente o estrictamente unilaterales] es necesario no sólo pensar únicamente en la atribución del acto, sino en su autonomía. Un acto, para poder ser clasificado como unilateral, debe ser auto suficiente al generar consecuencias jurídicas, es decir que debe producir efectos jurídicos independientemente de cualquier otra manifestación de voluntad, ya sea previa, simultánea o subsecuente, por parte de algún otro sujeto de derecho internacional. Si no fuera independiente con respecto a la creación de efectos jurídicos, no sería realmente de carácter unilateral, sino que estaría dentro de la esfera de los tratados”. U.N. GAOR, ILC, Comisión de Derecho Internacional en su Quincuagésimo periodo de sesiones, sostenido del 20 de abril al 12 de junio, y del 27 de julio al 14 de agosto de 1998, U.N.Doc. A/53/10 (A/CN.4/SER.A/1998/Add.1 (Part 2)), Yearbook. . . 1999, vol. II(2), (En adelante “Informe de la Comisión en su 50^{vo}. periodo de sesiones”) para. 138.

El Relator especial, desde su Primer Informe, se enfocó en trazar una distinción entre el acto formal (el acto unilateral), por un lado, y las reglas jurídicas que fueron creadas por medio de ese acto (obligación unilateral), por el otro lado.⁵³

Como bien lo planteó el Relator especial, el contenido sustantivo de un acto unilateral puede ser muy diverso, y éste puede ir desde una promesa, hasta una denuncia.⁵⁴ Tras realizar a lo largo de varios informes un detallado análisis de diversos actos jurídicos sustantivos, así como de la práctica de los Estados en la materia, el Relator especial reconoció que un mismo acto puede encuadrar en distintas categorías sustantivas de actos unilaterales⁵⁵, lo cual impide una enumeración taxativa de los actos unilaterales desde el punto de vista material.⁵⁶

En su Cuarto Informe, el Relator especial incluyó diversos criterios generales concebidos por la doctrina para agrupar los actos jurídicos unilaterales,⁵⁷ y concluyó que “independientemente de la calificación que se pueda dar a la declaración, interesa determinar los efectos jurídicos del acto unilateral. . . [ya que la particularidad del acto unilateral recae en que] es formulado mediante una manifestación de voluntad con la intención de producir efectos jurídicos y son esos efectos los que varían”.⁵⁸ En virtud de lo anterior, adoptó una clasificación basada en los efectos de los actos y estableció que,

⁵³ Primer Informe paras. 13, 133-151.

⁵⁴ Primer Informe para. 166.

⁵⁵ En este sentido, el Relator especial afirma que “[n]o parece fácil calificar un acto unilateral de un Estado y describirlo como uno u otro de los actos materiales pues un mismo acto puede ser calificado en forma distinta”. Cuarto Informe, para. 70. Por ejemplo, una declaración de neutralidad puede ser asimilable a una promesa. *Ibidem*, para. 75.

⁵⁶ Cuarto Informe, para. 71.

⁵⁷ Los dos criterios de clasificación predominantes fueron el criterio material, o del contenido del acto, y el criterio con base en los efectos jurídicos. Cuarto Informe, paras. 44-61.

⁵⁸ Cuarto Informe, paras. 76, 78.

para efectos de codificación, existen dos grandes categorías de actos: los actos por los cuales un estado asume obligaciones y los actos por los cuales el Estado reafirma un derecho.⁵⁹

En lo referente al carácter vinculante de los actos unilaterales, tras hacer un repaso de las doctrinas consensualista y voluntarista⁶⁰ y sugerir “la habilitación de una norma como sería el *declaratio est servanda*”,⁶¹ el Relator especial concluyó que “[e]l carácter obligatorio de los actos unilaterales, en general, reposaría en la buena fe”.⁶²

Para el año 2006, la Comisión de Derecho Internacional adoptó durante su quincuagésima octava sesión los Principios Rectores, junto con comentarios pertinentes a cada principio.

Los principios se estructuran de la siguiente manera: el primer principio incluye la definición de acto unilateral y el fundamento del carácter obligatorio de dichos actos; el segundo principio se refiere a la capacidad de un Estado para formular un acto unilateral; el tercer principio hace referencia a las consideraciones que se deben de dar al contexto y circunstancias en que se formula el acto; el cuarto principio versa sobre la com-

⁵⁹ Cuarto informe, para. 97. Aun cuando la clasificación propuesta por el Relator no fue bien recibida por la Comisión, ésta sentó las bases para elaborar los subsiguientes informes. Ver, por ejemplo, U.N. GAOR, ILC, Comisión de Derecho Internacional en su Quincuagésimo tercer periodo de sesiones, sostenido del 23 de abril al 1° de junio y del 2 de julio al 10 de agosto de 2001, U.N.Doc. A/56/10 (A/CN.4/521), Yearbook. . . 2001, vol. II(2), (En adelante “Informe de la Comisión en su 53^{vo}. periodo de sesiones”) paras. 236-236.

⁶⁰ La doctrina consensualista estima que una promesa, aunque unilateral en su forma, no puede ser vinculante si ella no es aceptada por el destinatario; por su parte, la doctrina voluntarista acepta la obligatoriedad del acto unilateral y la fundan en la voluntad expresada por el Estado que lo formula, dicha tesis está basada en la *pollicitatio* del derecho romano. Ver *Quinto informe sobre los actos unilaterales de Estado, por el Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial*, U.N. GAOR, ILC, 54° periodo de Sess., U.N.Doc. A/CN.4/525 (2002) (en adelante “Quinto Informe”), *Addendum 2*, para. 154.

⁶¹ JARDÓN PIÑA, LUIS, “La Regla del Estoppel ante la Corte Internacional de Justicia”, Tesis de Licenciatura asesorada por Alejandro Posadas Urtusuástegui, Centro de Investigación y Docencia Económica, México, 2008 (mimeo)

⁶² Quinto Informe, *Addendum 2*, para. 154.

petencia de las autoridades del Estado para representarlo y obligarlo en el plano internacional; el quinto principio se refiere a la forma que deben revestir los actos unilaterales; el sexto principio hace referencia a los receptores de las declaraciones; el séptimo principio establece los principios de interpretación de los actos unilaterales; el octavo principio trata sobre la nulidad; el noveno principio consagra la máxima *res inter alios acta*; y finalmente el décimo principio aborda la revocación de los actos unilaterales.

El texto de dichos principios se transcribe a continuación:

1. Unas declaraciones formuladas públicamente por las que se manifieste la voluntad de obligarse podrán surtir el efecto de crear obligaciones jurídicas. Cuando se dan las condiciones para que eso ocurra, el carácter obligatorio de tales declaraciones se funda en la buena fe; en tal caso, los Estados interesados podrán tenerlas en cuenta y basarse en ellas; esos Estados tienen derecho a exigir que se respeten esas obligaciones;
2. Todo Estado tiene capacidad para contraer obligaciones jurídicas mediante declaraciones unilaterales;
3. Para determinar los efectos jurídicos de tales declaraciones, es necesario tener en cuenta su contenido, todas las circunstancias de hecho en que se produjeron y las reacciones que suscitaron;
4. Una declaración unilateral obliga internacionalmente al Estado sólo si emana de una autoridad que tenga competencia a estos efectos. En virtud de sus funciones, los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores son competentes para

formular tales declaraciones. Otras personas que representan al Estado en esferas determinadas podrán ser autorizadas para obligar a éste, mediante sus declaraciones, en las materias que correspondan a su esfera de competencia;

5. Las declaraciones unilaterales podrán ser formuladas oralmente o por escrito;

6. Las declaraciones unilaterales podrán ser dirigidas a la comunidad internacional en su conjunto, a uno o varios Estados o a otras entidades;

7. Una declaración unilateral entraña obligaciones para el Estado que la ha formulado sólo si se enuncia en términos claros y específicos. En caso de duda en cuanto al alcance de las obligaciones resultantes de una declaración de esta índole, tales obligaciones deberán ser interpretadas restrictivamente. Para interpretar el contenido de esas obligaciones, se tendrá en cuenta ante todo el texto de la declaración, así como su contexto y las circunstancias en que se formuló;

8. Es nula toda declaración unilateral que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general;

9. De la declaración unilateral de un Estado no puede resultar ninguna obligación para los demás Estados. No obstante, el otro Estado o los otros Estados interesados pueden contraer obligaciones en relación con una declaración unilateral de esa índole en la medida en que hayan aceptado claramente tal declaración;

10. Una declaración unilateral que ha creado obligaciones jurídicas para el Estado que hace la declaración no puede ser revocada arbitrariamente. Para determinar si una revocación sería arbitraria, habrá que tener en cuenta:

- i) Todos los términos de la declaración que se refieran específicamente a la revocación;
- ii) La medida en que los sujetos a quienes se deba el cumplimiento de las obligaciones se hayan basado en ellas;
- iii) La medida en que se ha producido un cambio fundamental en las circunstancias.

A continuación se aborda en concreto el Principio Séptimo del instrumento antes mencionado, referente a las normas de interpretación de las declaraciones unilaterales, así como la posible aplicación de estas normas a las ofertas unilaterales consagradas en la legislación nacional.

2. Reglas de interpretación de las declaraciones unilaterales

La hermenéutica o interpretación jurídica consiste en el proceso de desentrañar el sentido y los alcances de una norma contenida en una disposición jurídica.⁶³ Sobre este punto, el Relator especial señala que “[e]l objetivo de la interpretación es determinar la intención del Estado, la cual puede deducirse de la declaración formulada y de otros elementos que se consideran, como los trabajos preparatorios. . . El término intención es fundamental. La manifestación de voluntad es la expresión necesaria para la forma-

⁶³ BASDEVANT J., voz “interpretación”, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirley, 1960, pp. 346 – 347, citado en el Cuarto Informe, para. 107.

ción del acto, mientras que la intención es el sentido que el autor entiende dar al acto.”⁶⁴ El Principio 7 de los Principios Rectores recoge las reglas de interpretación aplicables a las declaraciones unilaterales y resalta la importancia de la intención del autor de la declaración.

En este sentido resulta interesante señalar que si bien a lo largo del proceso de codificación de los Principios Rectores hubo temas polémicos en los que los representantes de los Estados no lograban coincidir, lo referente a la interpretación de las declaraciones unilaterales no fue uno de estos.

Al sistematizar y codificar estas normas de interpretación, el Relator especial se basó de manera importante en la práctica de los Estados, la cual se ve reflejada en la jurisprudencia de la Corte. El Relator especial no sólo retoma los fallos más representativos de la Corte en la materia, sino que también incorpora las opiniones vertidas por los Estados y la doctrina internacional.

Para llevar a cabo esta labor, el Relator especial remarca el paralelismo que existe entre los principios de interpretación convencional consagrados en la Convención de Viena y los principios de interpretación de las declaraciones unilaterales enunciados en la jurisprudencia de la Corte, y tras efectuar un análisis comparativo de ambos, adecua finalmente, *mutatis mutandis*, las reglas de interpretación convencional a las declaraciones unilaterales.

La primera regla de interpretación contenida en el Principio Séptimo establece que una declaración, para ser vinculante, debe ser enunciada en términos claros, de manera

⁶⁴ Quinto Informe, *Addendum* 1, para. 129.

tal que revele la intención del autor de obligarse en el plano internacional.⁶⁵ Lo que significa que, en primer lugar, se estará a los términos en que fue formulada la declaración (a la intención declarada del autor del acto).

Esta regla responde a la naturaleza misma de las declaraciones unilaterales y lo que subyace es el origen del carácter vinculante de las declaraciones unilaterales, *i.e.* que un Estado al formular una declaración unilateral se obliga de manera espontánea por su deseo de hacerlo y en sus propios términos, tal cual estos fueron expresados.

La segunda regla de interpretación se refiere al principio de interpretación restrictiva, principio que parece encontrar aceptación plena en el seno de la Comisión.⁶⁶ En este sentido, Cahier explica, al referirse a la renuncia, que “la regla de la no presunción sería entonces una regla de interpretación restrictiva. . . en el caso de que haya duda

⁶⁵ Aunque eventualmente el uso del término “inequívoco” para calificar los actos unilaterales no fue incorporado en la versión final de los Principios Rectores, es relevante la postura del Relator especial en este sentido: “[La posibilidad de que algunos Estados pudieran llegar a realizar actos jurídicos sin saberlo resulta] contraria a la seguridad jurídica y a la confianza en las relaciones internacionales. . . la garantía de la seguridad jurídica no parece poder constituirse sino sobre la base de la certeza’ . . . Por ello se ha considerado apropiado. . . incluir el término ‘inequívoco’, vinculado a la manifestación de la voluntad. . . . En lo referente al carácter inequívoco del acto, la cuestión que se plantea es si dicho carácter debe estar vinculado a la manifestación de la voluntad o al contenido del acto. . . Pareciera que la vinculación debe establecerse en relación con la manifestación de la voluntad, es decir, que lo importante es determinar que es necesario que el acto sea formulado inequívocamente. El término ‘inequívoco’ puede asimilarse al término ‘claridad’, como lo señaló un representante en la Sexta Comisión cuando indicó que ‘es evidente que no hay acto jurídico unilateral si no en la medida en que el Estado que lo realiza tiene claramente la intención de producir un efecto normativo’”. *Tercer informe sobre los actos unilaterales del Estado, por el Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial*, U.N. GAOR, ILC, 52º periodo de Sess., U.N.Doc. A/CN.4/505 (2000), paras. 71-77, citas omitidas.

⁶⁶ La Comisión, tras hacer repaso de las posturas de los representantes de los Estados respecto de este tema concluyó que “[h]abía pues una dicotomía entre la voluntad real y la voluntad declarada del Estado, y esto favorecía la adopción de una interpretación restrictiva del acto unilateral”. Informe de la Comisión en su 53^{vo}. periodo de sesiones, para. 244. En este sentido, el representante del Estado de Israel mencionó que “si no se adoptan normas rígidas de interpretación. . . se amenaza con atribuir consecuencias a actos unilaterales que no tenían la intención de producir ese efecto”; mientras que el representante de Argentina opinó que “cuando un Estado hace una declaración por la que limita su futura libertad de acción, debe hacerse una interpretación restrictiva. Esto es un simple corolario de la conocida opinión de la Corte Permanente en el caso Lotus, en el sentido de que las restricciones a la soberanía de los Estados no pueden presumirse”. Cuarto Informe, paras. 104, 106.

con respecto a la voluntad de renunciar, debe suponerse que el sujeto de derecho no ha querido renunciar”.⁶⁷ Esto significa que en caso de duda, no se debe ampliar el ámbito de la declaración.

En su Cuarto Informe, el Relator especial retoma el caso de *Ensayos nucleares* en el cual la Corte determinó dentro del contexto de una promesa unilateral, que cuando los Estados formulan declaraciones en virtud de las cuales se va a coartar su libertad de acción, se impone una interpretación restrictiva,⁶⁸ y añadió que “[l]a seguridad jurídica exige retener a título principal la voluntad declarada por el texto, sobre todo cuando se trata de actos por los cuales el Estado asume obligaciones unilaterales y, además. . . ellos deben interpretarse de forma restrictiva”.⁶⁹

Finalmente, la última regla de interpretación sugiere recurrir de manera supletoria al contexto y las circunstancias en que se formuló la declaración. En este sentido, el Relator Especial menciona que “[m]ediante la interpretación, el juez intenta determinar la intención del Estado parte en un acto convencional o del Estado autor de un acto unilateral, para lo cual el contexto del instrumento o los términos de la declaración prevalecerán sobre cualquier otro recurso”.⁷⁰ De aquí se desprende que lo principal es el texto de la declaración, y se recurrirá al contexto y a las circunstancias en caso de duda o bien para confirmar la conclusión a la que se arribó en virtud de la interpretación del

⁶⁷ CAHIER, Philippe, “Le comportement des Etats comme source de droits et des obligations”, Recueil d’Estudes de droit international en hommage á Paul Guggenheim, Ginebra, IHEI, 1986, p. 255, citado en Cuarto Informe, para. 128.

⁶⁸ Cuarto Informe, para. 127; *Nuclear Tests* (Australia v. France; New Zealand v. France), 1974 I.C.J., p. 267, para. 44 y p. 472-473, para. 73.

⁶⁹ Cuarto Informe, para. 126.

⁷⁰ Cuarto Informe, para. 107.

texto. Este principio reconoce la importancia suprema del rol que juega la voluntad en el acto jurídico, sea ella la declarada o la real del autor del acto.⁷¹

Finalmente, no hay que olvidar que el Principio 1 hace referencia al principio de buena fe⁷², el cual se entiende implícito en la interpretación de las declaraciones unilaterales. El Relator especial expresó lo siguiente en relación con este principio:

Un acto formulado unilateralmente por un Estado debe ser interpretado de buena fe, es decir, de acuerdo con lo que realmente quiso señalar el Estado autor. La buena fe y el sentido de los términos como punto de partida son el punto de partida del proceso de interpretación⁷³. . . . la regla general de interpretación del acto unilateral debe basarse en la buena fe y en su conformidad con el sentido ordinario que se atribuye a los términos de la declaración, en su contexto y a la luz de la intención del autor.⁷⁴

3. Aplicación de los principios de interpretación de declaraciones internacionales a una aparente oferta abierta a arbitraje CIADI

En este punto es importante recordar la similitud que guardan las declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte con las ofertas abiertas a arbitraje, en virtud de que ambas son declaraciones unilaterales, formalmente hablando, que están sujetas a un marco convencional y que tienen efectos similares;⁷⁵ por un lado, las declaraciones de aceptación de la jurisdicción de la Corte están vinculadas al Estatuto

⁷¹ Quinto Informe, para. 56.

⁷² El principio de buena fe es uno de los principios fundamentales de las operaciones de interpretación el cual, en términos generales, “exige la búsqueda de lo que las partes han querido decir verdaderamente”. ROUSSEAU, Charles, *Droit International Public*, t. I: Introduction et cources, Paris, Siney, 1970, p. 269, citado en el Cuarto Informe para. 130.

⁷³ Cuarto Informe, para. 131.

⁷⁴ Quinto Informe, para. 126.

⁷⁵ Yulia Andreeva menciona que “una oferta [abierta a arbitraje] es similar, por su ámbito y por sus efectos, a las declaraciones unilaterales que reconocen la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia”. ANDREEVA, Yulia, *op. cit.*, n. 2, p 140. Cf. MEZGRAVIS, Andrés, *op. cit.*, n. 2, p. 844, (“mientras que en [el caso de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte] la voluntad de perfeccionamiento recae en el Estado que emite el acto unilateral, en la oferta de arbitraje el perfeccionamiento del acuerdo queda condicionado a un ulterior y adicional acto que es de la entera dirección del inversionista.”).

de la Corte, por el otro, las ofertas abiertas a arbitraje CIADI están vinculadas al Convenio CIADI. En virtud de lo anterior, consideramos conveniente extrapolar las reglas aplicables a la interpretación de las declaraciones de aceptación de la Corte a las ofertas abiertas a arbitraje CIADI contenidas en la legislación nacional.

Si bien es cierto que el Relator especial desde un inicio sugirió excluir del ámbito de estudio del informe las declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte, en vista de que éstas se insertan en una relación convencional y por tanto “están sometidas al régimen de Viena sobre derecho de los tratados”,⁷⁶ también es cierto que reconoció, haciendo eco del caso *Anglo Iranian Oil*,⁷⁷ que dichas declaraciones facultativas de carácter *sui generis* están sujetas a reglas de interpretación más flexibles ya que no “son un texto contractual que result[a]n de una negociación, sino que [son] el resultado de una redacción unilateral”.⁷⁸

Tanto la Comisión como el Relator especial han reconocido que las reglas de interpretación de las declaraciones unilaterales son aplicables a la interpretación de declaraciones de aceptación de la Corte, por lo que sostenemos que estas reglas también aplican a las ofertas abiertas a arbitraje CIADI.

El Relator especial menciona en su Cuarto y Quinto Informe lo siguiente:

⁷⁶ *Noveno informe sobre los actos unilaterales del Estado, por el Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial*, U.N. GAOR, ILC, 58° periodo de Sess., U.N.Doc. A/CN.4/569/Add.1 (2006) (En adelante “Noveno Informe”), *Addendum 1*, para. 130. En el Quinto Informe, el Relator especial añade lo siguiente: “Algunas declaraciones unilaterales plantean dudas acerca de su ubicación en el régimen de Viena o en el contexto de los actos unilaterales, como serían, por ejemplo, las declaraciones de aceptación de la jurisdicción de la CIJ formulada por los Estados en virtud del Artículo 36 del Estatuto. El Relator Especial, coincidiendo con alguna doctrina, ha afirmado que tales declaraciones se ubican en la relación convencional. Sin embargo, sus características particulares, como lo ha reconocido la misma Corte, pueden presentarlas como distintas a declaraciones claramente convencionales.” Quinto informe, para. 73.

⁷⁷ *Anglo Iranian Oil Co. case (jurisdiction)*, Judgment of July 22nd, 1952, I.C.J. Reports 1952, p. 93.

⁷⁸ Noveno Informe, *Addendum 1*, para. 131, citas omitidas.

No hay dudas de que el aspecto formal es común a todos los actos: una manifestación única de la voluntad, de carácter expreso, sea de origen individual o colectivo que produce efectos por si misma... El enfoque formal del acto nos permite concluir que es posible elaborar reglas comunes aplicables a todos [los actos unilaterales], independientemente de su aspecto material.⁷⁹

. . . .

El tema de interpretación de actos unilaterales, aspecto que aunque distinto de la formulación del acto, ubicado más bien dentro de la aplicación de ellos, puede ser objeto de reglas comunes, es decir, reglas que pueden ser aplicables a todos los actos unilaterales cualquiera que sea su denominación, su contenido y sus efectos jurídicos... las reglas de interpretación se pueden elaborar independientemente del contenido y de los efectos jurídicos del acto unilateral del que se trate". . . "algunas reglas, entre las cuales [se encuentran] las relativas a la formulación del acto y a su interpretación, pueden ser consideradas comunes a todos los actos.⁸⁰

Por su parte, la Comisión señaló que aun cuando el proyecto de los artículos no era aplicable a aquellos actos unilaterales de los Estados que estaban ligados a un acuerdo internacional preexistente, como por ejemplo los actos regidos por el derecho de los procesos judiciales o arbitrales internacionales, esto no afectaba la aplicación de cualquiera de las reglas establecidas en el proyecto de artículos a las cuales estuvieran sujetos dichos actos conforme a derecho internacional, independientemente del proyecto de los artículos.⁸¹

En el presente caso podemos afirmar que, aun cuando no tengamos claro *prima facie* el contenido material o la naturaleza substantiva de una aparente oferta abierta a arbitraje CIADI, el acto unilateral en cuestión constituye una declaración unilateral desde el punto de vista formal —en virtud de que es una manifestación del *animus* del Estado, es la intención emanada de un Estado, en cuya creación no participa ninguna otra

⁷⁹ Cuarto Informe, para. 47.

⁸⁰ Quinto Informe, *Addendum* 1, paras. 120, 146.

⁸¹ Informe de la Comisión en su 50^{vo}. periodo de sesiones.

parte, y que genera derechos y obligaciones— y por ende resultan aplicables las reglas de interpretación de las declaraciones unilaterales codificadas en los Principios Rectores.

Varios autores favorecen esta postura en mayor o menor medida. Hay quien sugiere la aplicación irrestricta de las reglas contenidas en los Principios Rectores como un canon alternativo para interpretar las referencias a arbitraje contenidas en la legislación nacional,⁸² puesto que estas:

Promueven una interpretación cuidadosa y balanceada que considera la intención subjetiva del promisor, un estado soberano⁸³. . . Estas reglas de interpretación de los actos unilaterales de los estados que están bien establecidas, proporcionan una fórmula moderna para entender el consentimiento del estado para arbitrar disputas con inversionistas extranjeros. . . [Éstas] adecuan la dinámica de una relación híbrida pública y privada y responden a la naturaleza unilateral de las obligaciones estatales codificadas en los tratados de inversión.⁸⁴

Por otro lado, hay autores que admiten la aplicación de los Principios Rectores, con excepción del principio de interpretación restrictiva. Por ejemplo, para Caron los Principios Rectores deben ser aplicados con cautela,⁸⁵ ya que en su opinión estos pa-

⁸² ANDREEVA, Yulia, *op. cit.*, n. 2, pp. 140, 143.

⁸³ *Ibidem*, p. 137

⁸⁴ *Ibidem*, p. 141

⁸⁵ Caron afirma que “[u]na ley nacional de inversión extranjera es evaluada de mejor manera como un acto unilateral conforme al derecho internacional. Como tal, la Convención de Viena y los Principios Rectores sobre actos unilaterales de la CDI constituyen un apoyo interpretativo útil mediante el cual podemos evaluarlas. Este enfoque resulta en la adopción de una interpretación en buena fe de acuerdo al sentido ordinario que se debe dar a los términos en su contexto y a la luz del objeto y fin del acto, de conformidad con el artículo 31(1) de la Convención de Viena, y el análisis de las circunstancias fácticas en las cuales la declaración unilateral fue formulada y las reacciones a las cuales dio lugar, de conformidad con el Principio 3 de los Principios rectores de la CDI. Sin embargo, el enfoque en el Principio 7 de los Principios rectores de la CDI respecto de una interpretación restrictiva en caso de duda, posiblemente no sea necesario ni justificado en el caso de una ley pública que fue razonada y debatida”. CARON, David D., “The interpretation of national foreign investment laws as unilateral acts under international law”, en Arsanjani, Mahnoush H. et al. (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael*

recen haberse diseñado con el objeto de salvaguardar los derechos de los Estados en aquellos casos en que los funcionarios diplomáticos formulan declaraciones orales cuyas implicaciones son dudosas,⁸⁶ y no parecen haber sido redactados teniendo en mente actos unilaterales tales como legislaciones nacionales de inversión extranjera.⁸⁷ Asimismo, argumenta que un Estado debe asumir el riesgo que conlleva haber promulgado una legislación en términos ambiguos.⁸⁸ En el mismo orden de ideas, Potesta secunda a Caron con respecto a la aplicación de los Principios Rectores para interpretar el consentimiento contenido en la legislación nacional⁸⁹ y añade que “[e]l riesgo que conlleva cualquier ambigüedad capaz de inducir al error a los inversionistas debe recaer en el estado receptor que ha promulgado legislación con un lenguaje equivoco”.⁹⁰

Asimismo, hay quien desecha de manera tajante la aplicación de los Principios Rectores. Por ejemplo, Mezgraviz afirma lo siguiente:

Por más tentadora que resulta la tesis del acto unilateral, mal se puede olvidar que en *stricto sensu*, los actos que se inscriben en un proceso jurídico bilateral o multilateral, y tienen por finalidad última dar nacimiento a un acto que no es unilateral, están más cerca de la naturaleza *convencional*, puesto que su función esencial desborda el marco unilateral en que nacen, es decir, trascienden del plano plenamente unilateral al marco convencional. Por esta razón, el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, encargado de regular el

Reisman, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, 2011 (en adelante “CARON, DAVID”), p. 674. Cf. Informe de la Comisión en su 48^{vo} periodo de sesiones.

⁸⁶ *Ibidem*, p.669.

⁸⁷ *Ibidem*, p.671. Cf. Primer Informe, para. 111 (en donde el Relator especial refiere que “Los actos legislativos, relativos a materias de orden internacional indican la línea de conducta que el Estado adopta *vis a vis* de [*sic*] los otros Estados. La legislación del Estado puede tener una incidencia en el ámbito internacional”).

⁸⁸ CARON, David, *op. cit.*, n. 84, p.673.

⁸⁹ POTESTA, Michele, *op. cit.*, n. 36, pp. 15, 17.

⁹⁰ POTESTA, Michele, *op. cit.*, n. 36, p. 22 (traducción fiel).

sentido y alcance en el Derecho Internacional de los Actos Unilaterales de los Estados, optó por excluir este tipo de actos de la referida regulación.⁹¹

En conclusión, parece estéril ahondar en consideraciones sobre la naturaleza material de una aparente oferta abierta a arbitraje CIADI y determinar si constituye una oferta, una promesa o alguna otra figura.⁹² Basta con saber que, en razón de que formalmente la supuesta oferta constituye una declaración unilateral de la voluntad, las reglas de interpretación de las declaraciones unilaterales, consagradas en los Principios Rectores, parecen suministrar una serie de reglas sensatas y coherentes para interpretar dicha figura.

Además, se debe dar una profunda y seria consideración al canon de interpretación restrictivo en caso de duda sobre el texto de la disposición o la intención del Estado redactor, en virtud de que estamos tratando con una declaración unilateral formulada por un Estado que actúa en calidad de Estado y no en calidad de particular, y hay que tener presente que la supuesta obligación que se ha creado potencialmente mermaría la soberanía del Estado en cuestión.⁹³

⁹¹ MEZGRAVIS, Andrés, *op. cit.*, n. 2, p. 844. Cf *supra*, p.30 *et seq.*

⁹² Una referencia a arbitraje contenida en la legislación nacional no necesariamente implica la creación de una obligación completamente nueva, *i.e.* una oferta abierta a arbitraje conforme al Convenio CIADI, sino que podría constituir la mera reafirmación o reconocimiento de obligaciones previamente asumidas por el Estado, *i.e.* el reconocimiento del Convenio CIADI como una alternativa reconocida por el derecho municipal, en caso de otorgarse el ulterior consentimiento para dirimir disputas, ya que en muchos ordenamientos jurídicos no basta con que un país suscriba un tratado a nivel internacional para que éste constituya derecho positivo vigente *ipso jure*, sino que es necesario promulgar legislación que reconozca y regule las obligaciones internacionales en el plano municipal.

⁹³ Es interesante lo que señalan Jennings y Watts sobre una interpretación expansiva: "Una disposición que expande los derechos de una parte restringe la soberanía de la otra parte". JENNINGS, Robert y WATTS, Arthur (eds.), *Oppenheim's International Law*, vol. 1: Peace, 9a. ed, Londres, Oxford University Press, 1996 (en adelante "JENNINGS & WATTS"), p. 1276, secc. 633.

B. Principios de interpretación convencional

1. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

El tema de codificación del derecho de los tratados se incluyó en la agenda de la Comisión sobre Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1949 y culminó con la adopción en 1969 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual cristaliza los principios que regían la práctica de los Estados en materia de derecho internacional y, asimismo, codifica los principios de interpretación de los tratados internacionales; dicho instrumento ha sido ratificado por la mayoría de los Estados miembros de la comunidad internacional.⁹⁴

La Convención de Viena fue creada para regular las relaciones internacionales entre Estados, las cuales se encontraban materializadas en tratados que daban surgimiento a derechos y obligaciones recíprocas entre los Estados.⁹⁵ Este instrumento define su ámbito de aplicación en el artículo primero, en el cual se establece que un tratado internacional constituye “un acuerdo celebrado por escrito entre estados y regido por el derecho internacional público, sea que conste en instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.⁹⁶

La Convención de Viena está estructurada en 6 partes: la primera parte se refiere al ámbito de aplicación de la Convención de Viena y define los términos relevantes; la

⁹⁴ El estatus de este tratado se encuentra disponible en la Base de Datos de las Naciones Unidas en la siguiente dirección http://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=XXIII~1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en

⁹⁵ ANDREEVA, Yulia, *op. cit.*, n. 2, p. 140.

⁹⁶ Artículo 1 de la Convención de Viena.

segunda parte se refiere a la celebración y entrada en vigor de los tratados; la tercera parte a la observancia, aplicación e interpretación de los tratados; la cuarta parte a la enmienda y modificación de los tratados; la quinta parte a la nulidad, terminación y suspensión de los tratados; la sexta parte hace referencia a diversas disposiciones relativas, *inter alia*, a cuestiones de política internacional; la séptima parte a los depositarios, notificaciones, correcciones, registro y publicación de los tratados; y finalmente la octava parte abarca las disposiciones finales referentes a firma, ratificación, adhesión, entrada en vigor del tratado y los idiomas en los que el texto es auténtico.

2. Reglas de interpretación convencional

El artículo 31 de la Convención de Viena establece las siguientes reglas generales de interpretación de tratados internacionales:

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 estos 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.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

El artículo 32 del mismo instrumento establece las siguientes reglas de interpretación complementaria:

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Los criterios que privan en materia de interpretación convencional son el objetivo, ya que se presume que la intención de las partes se encuentra plasmada en el texto del instrumento mismo,⁹⁷ y el teleológico. La regla general de interpretación dicta que el punto de partida para interpretar un tratado es el sentido normal de las palabras en su contexto⁹⁸, considerando el objeto y fin del tratado. Asimismo, un tratado debe interpretarse de buena fe, lo cual refiere a un estándar de razonabilidad.⁹⁹

La Convención de Viena admite recurrir a los trabajos preparatorios, contemplados como un medio suplementario de interpretación, en caso de que la aplicación de las reglas básicas de interpretación desemboque en un significado ambiguo, oscuro o absurdo. Los medios suplementarios abren la puerta a la aplicación discrecional de ciertos principios y máximas tales como el principio de interpretación expansiva o restrictiva.¹⁰⁰

3. Aplicación de los principios de interpretación convencional a una aparente oferta abierta a arbitraje CIADI

Dado que este sistema de normas de interpretación fue creado con el propósito de auxiliar a desentrañar el sentido de un acuerdo creado con la participación de al menos dos Estados, en un contexto de negociaciones en el que ambas partes contribuyeron en la

⁹⁷ BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 5a ed., Nueva York, Oxford University Press, 2001, p. 632; JENNINGS & WATTS, *op. cit.*, n. 92, p. 1271, secc. 632; HERDEGEN, Matthias, *Derecho Internacional Público*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2005, pp. 135-136, ANDREEVA, Yulia, *op. cit.*, n. 2, p.129.

⁹⁸ La referencia al contexto implica que se deben interpretar los términos integralmente, y no de manera aislada, por lo cual se considerará no sólo el texto, el preámbulo y los anexos del tratado, sino cualquier otro acuerdo relacionado con el tratado, así como la práctica subsecuente de los Estados

⁹⁹ JENNINGS & WATTS, *op. cit.*, n. 92, p 1272, secc 632 y n. 7.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 1276, secc 633.

creación de derechos y obligaciones recíprocas, parece inadecuada su aplicación para descubrir el sentido de una declaración unilateral como la oferta abierta a arbitraje. Es importante recordar que estas normas sirvieron de base para crear los Principios Rectores.

Ahora bien, aun cuando las reglas de interpretación convencional no deben emplearse de manera directa en la interpretación de la norma en cuestión, esto no significa que dichas reglas no desempeñen ningún papel en la interpretación del consentimiento a arbitraje CIADI. A nuestro parecer, el rol que parecen haberle otorgado los tribunales internacionales resulta secundario.

Los tribunales arbitrales recurrentemente inician su análisis haciendo referencia a los requisitos jurisdiccionales establecidos por el Convenio CIADI para delimitar las obligaciones de las partes dentro del Convenio, lo que significa que es necesario que el resultado al que arribe el tribunal sea acorde al Convenio CIADI. Para conducir dicho análisis se auxilian de las normas consuetudinarias de interpretación convencional.

En conclusión, las normas de interpretación de carácter convencional juegan un papel secundario en la interpretación de cláusulas de consentimiento contenidas en la legislación nacional en la medida en que circunscriben las obligaciones y derechos de las partes en el marco del sistema CIADI.

C. Principios de interpretación contractual

En el arbitraje comercial internacional se emplean principios de interpretación contractual para desentrañar el sentido de las cláusulas o acuerdos arbitrales firmados por las

partes, ya que se estima que un acuerdo arbitral tiene una naturaleza contractual.¹⁰¹ En lo referente a los principios de interpretación concretamente, Fouchard establece que:

La aplicación del método de conflicto de leyes a la interpretación del acuerdo arbitral lleva a la conclusión de que las reglas que rigen la interpretación del acuerdo son aquellas que gobiernan su existencia y validez. Sin embargo, se ha sostenido de manera recurrente en laudos arbitrales que el acuerdo arbitral sólo debe ser examinado por referencia a las reglas y usos comerciales transnacionales.¹⁰²

1. Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales

El instrumento por excelencia que recoge y codifica los usos y costumbres mercantiles internacionales son los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales publicados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado en el 2004.¹⁰³ Los Principios constituyen una herramienta neutral y útil cuando las partes desean desvincularse de una jurisdicción o de un sistema jurídico particular.

Estos principios, redactados en 1994 y editados en 2004, establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. En su elaboración participaron los juristas más destacados de todo el hemisferio en representación de las principales familias jurídicas del mundo.¹⁰⁴ Hay quien ha llegado a sugerir que estos principios constituyen genuinamente una *lex mercatoria* moderna,¹⁰⁵ entendiendo la *lex mercato-*

¹⁰¹ GAILLARD, E. y SAVAGE, J. (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer Law International, 1999 (en adelante "FOUCHARD"), para. 476;. STEINGRUBER, Andrea Marco, "Notion, nature and extent of consent in international arbitration", Tesis Doctoral, asesorada por Loukas A. Mistelis, Queen Mary University of London, Londres, 2009 (mimeo), p.133.

¹⁰² FOUCHARD, *op. cit.*, n. 100, para. 475 (traducción fiel).

¹⁰³ Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales publicados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado en el 2004 (en adelante "Principios UNIDROIT").

¹⁰⁴ Principios UNIDROIT, Introducción, p. vii.

¹⁰⁵ Ver, BARON, Gesa, "Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new *lex mercatoria*?", *Arbitration International*, Vol. 15, No. 2, 1999, pp. 124-125; LÓPEZ RODRÍGUEZ, Ana M, *Lex*

ria como el conjunto de normas de derecho consuetudinario que conforma las prácticas y costumbre comerciales de los hombres de negocios internacionales.¹⁰⁶

Los principios UNIDROIT están estructurados de la siguiente manera: el Capítulo 1 contiene las disposiciones generales; el Capítulo 2 se refiere a la formación del contrato y apoderamiento de representantes; el Capítulo 3 a la validez; el Capítulo 4 a la interpretación; el Capítulo 5 al contenido y la estipulación a favor de terceros; el Capítulo 6, al cumplimiento y a la excesiva onerosidad, el Capítulo 7, al incumplimiento, resolución y resarcimiento; el Capítulo 8 a la compensación; el Capítulo 9 a la cesión de créditos, transferencia de obligaciones y cesión de contratos; el Capítulo 10 a la prescripción

2. Reglas de interpretación contractual

Como ya mencionamos, el Capítulo 4 de los Principios UNIDROIT hace referencia a las reglas de interpretación contractual y establece lo siguiente:

ARTÍCULO 4.1 (Intención de las partes)

(1) El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes.

Mercatoria and Harmonization of Contract Law in the EU, Copenhagen, Djøf Publishing, 2003, pp. 145-146; JARAMILLO VARGAS, Jorge, "Lex Mercatoria- a flexible tool to meet transnational trade law needs today", *Revista - Mercatoria*, Vol. 1, No. 2, 2002 (en adelante "JARAMILLO VARGAS, Jorge"), pp. 8-9, disponible en <http://132.248.9.34/hevila/Emercatoria/2002/vol1/no2/2.pdf>; JACQUET, Jean-Michel, "Module 5.5. Law Governing the Merits of the Dispute", Course on Dispute Settlement in International Commercial Arbitration, UNCTAD, Doc. UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.40, Nueva York y Ginebra, 2005, p. 9.

¹⁰⁶ GOLDSTAJN, Alexander, "The New Law Merchant", *Journal of Business Law*, Londres, Vol. 12, 1961, en JARAMILLO VARGAS, Jorge, *op. cit.*, n. 104, p. 3.

(2) Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes.

ARTÍCULO 4.2 (Interpretación de declaraciones y otros actos)

(1) Las declaraciones y otros actos de una parte se interpretarán conforme a la intención de esa parte, siempre que la otra parte la haya conocido o no la haya podido ignorar.

(2) Si el párrafo precedente no es aplicable, tales declaraciones y actos deberán interpretarse conforme al significado que le hubiera atribuido en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

ARTÍCULO 4.3 (Circunstancias relevantes)

Para la aplicación de los Artículos 4.1 y 4.2, deberán tomarse en consideración todas las circunstancias, incluyendo:

- (a) las negociaciones previas entre las partes;
- (b) las prácticas que ellas hayan establecido entre sí;
- (c) los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato;
- (d) la naturaleza y finalidad del contrato;

(e) el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial; y

(f) los usos

ARTÍCULO 4.4 (Interpretación sistemática del contrato)

Los términos y expresiones se interpretarán conforme a la totalidad del contrato o la declaración en la que aparezcan en su conjunto.

ARTÍCULO 4.5 (Interpretación dando efecto a todas las disposiciones)

Los términos de un contrato se interpretarán en el sentido de dar efecto a todos ellos, antes que de privar de efectos a alguno de ellos.

ARTÍCULO 4.6 (Interpretación *contra proferentem*)

Si los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte.

ARTÍCULO 4.7 (Discrepancias lingüísticas)

Cuando un contrato es redactado en dos o más versiones de lenguaje, todas igualmente auténticas, prevalecerá, en caso de discrepancia entre tales versiones, la interpretación acorde con la versión en la que el contrato fue redactado originalmente.

ARTÍCULO 4.8 (Integración del contrato)

(1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, el contrato será integrado con un término apropiado a las circunstancias.

(2) Para determinar cuál es el término más apropiado, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes:

- (a) la intención de las partes;
- (b) la naturaleza y finalidad del contrato;
- (c) la buena fe y la lealtad negocial;
- (d) el sentido común.

La doctrina considera que a estas reglas subyacen tres grandes principios de interpretación: interpretación en buena fe, efectiva y *contra proferentem*.¹⁰⁷

En principio, un contrato se debe interpretar conforme a la intención común de las partes, y en caso de no ser posible se estará al sentido que un tercero razonable en las mismas circunstancias habría dado a los términos (un estándar de razonabilidad). Para dilucidar cuál fue la intención de las partes al momento de contratar se debe recurrir al contexto de las negociaciones y a la actitud de las partes al momento de concluir el contrato. Asimismo, se debe interpretar el contrato de manera sistemática, en su conjunto.

¹⁰⁷ FOUCHARD, *op. cit.*, n. 100, para. 476.

Para Fouchard, el principio de interpretación en buena fe, el cual implica que "siempre debe prevalecer la verdadera intención de las partes sobre la intención declarada, cuando ambas no sean iguales. . . [es decir que] debe prevalecer la intención común de las partes", se encuentra implícito a lo largo de todo el proceso hermenéutico y de este principio deriva otra serie de reglas de interpretación.¹⁰⁸

En segundo lugar tenemos el principio de interpretación efectiva, el cual encuentra su origen en la tradición civilista e implica que cuando una cláusula admite dos interpretaciones con significados disimiles, debe prevalecer aquella interpretación que habilita la efectividad de la cláusula. Esto significa que, en caso de duda, se debe preferir la interpretación que da sentido a las palabras, en vez de aquella que las inhabilita o en la que las palabras no tendrían sentido.¹⁰⁹

Finalmente encontramos el principio de interpretación *contra proferentem*, el cual dicta que en caso de duda, el acuerdo debe interpretarse en contra de la parte que redactó la cláusula en disputa, siempre que la otra parte no haya participado de la redacción. En este caso, lo que se busca es evitar que la parte que utilizó una terminología ambigua u obscura para redactar una cláusula se beneficie de dicha ambigüedad.

El profesor Fouchard rechaza la aplicación de una interpretación estricta o liberal, (*in favorem validitatis*) y arguye que, en todo caso, la labor de los árbitros debe estar confinada a seguir la intención claramente expresada por las partes.¹¹⁰

¹⁰⁸ FOUCHARD, *op. cit.*, n. 100, para. 477.

¹⁰⁹ ICC Award No. 1434 (1975), *Multinational Group A v. State B*, 103 J.D.I., pp. 979-980 (1976) citado en FOUCHARD, *op. cit.*, n. 100, para. 478.

¹¹⁰ FOUCHARD, *op. cit.*, n. 100, paras. 480-481.

Es importante señalar que los Principios UNIDROIT establecen, en relación con la interpretación de declaraciones unilaterales que se formulan en la etapa de negociaciones, que se debe dar primacía la intención de la parte que formula la declaración y, en caso de no ser posible determinar dicha intención, se debe recurrir al estándar de razonabilidad referido previamente.¹¹¹

3. Aplicación de los principios de interpretación contractual a una aparente oferta abierta a arbitraje CIADI

En la doctrina, algunos autores equiparan las ofertas abiertas a arbitraje CIADI con las ofertas a arbitraje internacional que encontramos en la arena mercantil internacional,¹¹² y bajo esa lógica, hay quien arguye que las reglas de interpretación aplicables a dichas ofertas deberían ser las reglas consuetudinarias de interpretación contractual.

En este sentido, Mezgraviz argumenta que:

La oferta unilateral del Estado al arbitraje de inversiones es tan solo el primer paso en la formación del acuerdo de arbitraje, el cual no se perfecciona hasta tanto conste por escrito la aceptación del inversionista¹¹³

. . . .

Mientras esté pendiente [la aceptación de la oferta por parte del inversionista] resulta apropiado y preciso hablar de “consentimiento unilateral del Estado”, pero cuando la disputa ya se encuentra registrada ante el CIADI, es de suponer que el inversor. . . aceptó la oferta de arbitraje. . . si la disputa ha sido registrada y sometida a un Tribunal CIADI es porque se está aceptando *prima facie* que existe no un consentimiento (el del Estado), sino dos: el del Estado y el del inversor.¹¹⁴

¹¹¹ Ver principios UNIDROIT Comentados, p. 125.

¹¹² Ver, por ejemplo, MEZGRAVIS, Andrés, *op. cit.*, n. 2, p. 845; ANDREEVA, Yulia, *op. cit.*, n. 2, p. 129.

¹¹³ MEZGRAVIS, Andrés, *op. cit.*, n. 2, p. 844

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 847-848. Las facultades del Secretariado General del CIADI conforme al artículo 36(6) del Convenio CIADI para registrar disputas son extremadamente acotadas y, por lo tanto, no consideramos que sus decisiones de registrar o no puedan generar una presunción en ningún sentido.

Con fundamento en lo anterior, añade:

El hecho de que el consentimiento unilateral del Estado sea expresado o documentado . . . en una ley. . . no altera su naturaleza de acto jurídico que incorpora una manifestación de la voluntad destinada a formar un acuerdo de arbitraje. La documentación del acto mal puede ser confundida con el acto en sí¹¹⁵

. . . .

Las reglas de interpretación aplicables al consentimiento del arbitraje de inversiones no deberían ser otras que las aplicables a los “contratos internacionales”, y particularmente al “contrato de arbitraje internacional”.¹¹⁶

Aceptar el canon de interpretación que este autor plantea significaría presuponer la existencia de una oferta válida siempre que este hecho sea aseverado por la demandante —en tanto que asume *ad inicio* la existencia de un contrato arbitral y en consecuencia la existencia del consentimiento— sin someter dicho planteamiento a ningún tipo de análisis previo. En términos prácticos, esto implicaría aceptar tácitamente los alegatos de la demandante sin someterlos a examen alguno, así como aceptar la existencia de una presunción en favor de la jurisdicción, en donde la parte demandada tendría siempre la carga de probar que no se configura el elemento volitivo, lo cual a todas luces es contrario a las reglas de carga de la prueba universalmente aceptadas.

El error fundamental en el que incurre este autor es que asume que cualquier mención que se haga de los posibles mecanismos de solución de controversias constituye, sin necesidad de mayor prueba, una oferta abierta a arbitraje.

Además de lo anterior, las reglas de interpretación convencional están diseñadas para considerar la intención de ambas partes al momento de contratar, tomando en

¹¹⁵ *Ibidem*, p.860.

¹¹⁶ *Ibidem*, p.855.

cuenta todos los actos concatenados que llevaron a cabo las partes, entre sí y en lo individual, antes, durante y después de la transacción. No parece ser posible conciliar de manera orgánica ciertas reglas de interpretación contractual como la *contra proferentem*, cuando la figura de que se trata —como es el caso de una ley de inversiones— no estuvo sujeta a ningún tipo de negociación entre las partes, fue redactada de manera unilateral y sin intervención alguna de la otra parte, y el fin que persigue el instrumento que la contiene no responde a intereses privados sino a intereses de carácter público. Por todo lo anterior, este enfoque no ha encontrado eco en la jurisprudencia internacional.

En conclusión, las reglas de interpretación contractual no se vislumbran como una alternativa viable para interpretar cláusulas de consentimiento contenidas en leyes de inversión, ya que cuando nos encontramos frente a una declaración unilateral no existe una intención común entre las partes, únicamente existe la voluntad y la intención de la parte que formula la declaración.

D. Principios de interpretación legal

1. Escuelas de interpretación legal

Este capítulo ofrece una somera reseña de las escuelas de interpretación que han tenido mayor influencia en los sistemas jurídicos contemporáneos.

Tras la promulgación del Código Civil francés en 1804, surgen diferentes visiones sobre la interpretación legal en la familia romano-germánica.¹¹⁷ En primer lugar nos

¹¹⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Estudios de derecho civil*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981(en adelante "GALINDO GARFIAS"), p. 67.

encontramos con la escuela clásica de interpretación, denominada exegética, que favorece una interpretación textual o lógica, partiendo de la premisa de que el texto de la ley contiene y materializa la voluntad del legislador y que, asimismo, la ley concibe y prevé todos los supuestos posibles. En caso de ser necesario, se puede recurrir a los trabajos preparatorios para desentrañar la intención del legislador.¹¹⁸

Esta escuela evoluciona, abriendo paso a la escuela dogmática, bajo la cual no sólo es importante el texto mismo de la ley, sino también el contexto socioeconómico y político que rodea la norma y el sistema normativo en el cual está inserto dicho precepto. Esta postura sostiene que hay dogmas o principios que se deben extraer de la ley y postula fundamentalmente cuatro elementos de interpretación: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático.¹¹⁹

En reacción a la rigidez postulada por este modelo, surge la escuela histórica, a la cual pertenecen Friedrich Karl von Savigny y Raymond Saleilles, conforme a la cual la ley debe ser dinámica y su interpretación debe responder a las necesidades sociales actuales.¹²⁰ Según este método, además de recurrir a la letra de la ley, es importante considerar los factores externos que rodean la norma para armonizar ésta con la realidad social.

Asimismo, tenemos la doctrina de la libre de investigación científica, impulsada por Francois Geny y Julien Bonnecasse,¹²¹ la cual admite el uso de todos los elementos interpretativos concebidos por las otras escuelas, pero presenta como principal innova-

¹¹⁸ GALINDO GARFIAS, *op. cit.*, n. 116, p. 68.

¹¹⁹ GALINDO GARFIAS, *op. cit.*, n. 116, p. 69.

¹²⁰ BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 20ª. Ed., México, Editorial Porrúa, 2006 (en adelante "BORJA SORIANO"), p. 36.

¹²¹ BORJA SORIANO, *op. cit.*, n. 119, pp. 37, 46; GALINDO GARFIAS, *op. cit.*, n. 116, p. 70.

ción la búsqueda de la *raison d'être* de la ley (*ratio regis*) dentro del contexto en el que fue formulada (*occasio legis*), así como la libertad del juzgador de integrar una norma una vez agotados los otros instrumentos de interpretación, *i.e.* el método gramatical, la lógica, los trabajos preparatorios y la costumbre.¹²²

En un espectro opuesto tenemos la escuela del derecho libre, desarrollada por Hermann Kantorowicz, quien propone que en caso de no existir una norma aplicable al caso concreto, el juez se debe blandir como el legislador y crear una norma al momento de resolver un caso.¹²³

De más reciente creación encontramos la escuela vienesa, de la cual Hans Kelsen es su principal exponente.¹²⁴ Éste confronta el derecho natural con el derecho positivo, y establece que existe una jerarquía de normas, en donde la constitución se instituye como la norma superior, y tanto los legisladores (quienes interpretan la norma al legislar) como los jueces (quienes interpretan la norma al aplicarla) deben ceñirse al marco de esa norma superior. El juez, más que realizar un acto de reconocimiento, "pone en juego un juicio de valor que le sirve de base para imprimir cierto sentido... a su sentencia".¹²⁵ En caso de existir una laguna legal, el juzgador puede hacer uso de su criterio para resolver el caso concreto.

Finalmente, tenemos la escuela de la jurisprudencia sociológica norteamericana o jurisprudencia de intereses, con exponentes como Roscoe Pound o Rudolf von Ihering, la cual sostiene que los antiguos axiomas infranqueables extraídos del derecho consue-

¹²² BORJA SORIANO, *op. cit.*, n. 119, pp. 37-49, GALINDO GARFIAS, *op. cit.*, n. 116, pp. 70-72.

¹²³ GALINDO GARFIAS, *op. cit.*, n. 116, pp. 72-73.

¹²⁴ GALINDO GARFIAS, *op. cit.*, n. 116, pp. 73- 74, 82.

¹²⁵ GALINDO GARFIAS, *op. cit.*, n. 116, p. 74.

tudinario habían perdido su eficacia, por lo cual era necesario ponderar los intereses en conflicto y dar preferencia al que la ley valore más, aún a costa de “un riguroso razonamiento lógico deductivo”; de tal suerte que favorece la justicia sobre la seguridad jurídica.¹²⁶

La interpretación jurídica se puede clasificar, en razón del individuo que la realiza, en tres categorías: la doctrinal o científica, es aquella que llevan a cabo los estudiosos del derecho; la judicial o jurisprudencial, es la que llevan a cabo los jueces en ejercicio de su mandato; y la legislativa o auténtica, es la cual emana del órgano creador de la norma.¹²⁷

Además, la interpretación puede clasificarse en razón de sus alcances o extensión en declarativa o modificativa. La interpretación declarativa o estricta se presenta cuando al interpretar, el operador jurídico se ciñe a lo que dice la norma, limitándose a aplicarla a los supuestos estrictamente comprendidos en ella. La interpretación modificativa entra a juego cuando las palabras son imprecisas u oscuras; ésta tiene dos vertientes: la interpretación extensiva, en la cual se asume que el legislador quiso abarcar más de lo que expresó, por lo cual es necesario extender los alcances de la norma; y la interpretación restrictiva, en la cual el legislador parece haber expresado más de lo que deseaba, por lo cual es necesario restringir sus alcances.¹²⁸

La aplicación de ciertas reglas de interpretación dependerá del derecho positivo vigente y de la costumbre de cada país. Por ejemplo, la tradición anglosajona, princi-

¹²⁶ GALINDO GARFIAS, *op. cit.*, n. 116, p. 83.

¹²⁷ TAPIA RAMÍREZ, Javier, *Introducción al Derecho Civil*, México, McGraw Hill Interamericana Editores, S. A. de C. V., 2003, p. 80.

¹²⁸ GALINDO GARFIAS, *op. cit.*, n. 116, p. 74.

palmente el derecho común del Reino Unido, reconoce tres grandes reglas de interpretación legal (*statutory construction*). Primero encontramos la “regla del sentido llano o literal” (*plain meaning rule*), según la cual en ausencia de la interpretación auténtica de algún término, a las palabras se les debe atribuir un significado llano, ordinario y literal; en segundo lugar tenemos la “regla del error” (*mischief rule*), conforme a la cual el juez puede recurrir a los trabajos preparatorios de una ley para descubrir la intención del legislador y suplir algún error o defecto en la ley; y finalmente está la “regla de oro” (*golden rule*), la cual le permite al juez alejarse del sentido ordinario de un término para evitar un resultado absurdo¹²⁹; sin embargo esto puede ser muy diferente en países como Estados Unidos o Hong Kong.

2. Aplicación de los principios de interpretación legal a una aparente oferta abierta a arbitraje CIADI

Autores como Suárez Anzorena se inclinan por recurrir de primera mano a los principios de interpretación legal para desentrañar el sentido de una oferta a arbitraje contenida en la legislación nacional. En este sentido expone lo siguiente:

Parece más apropiado determinar si determinada Ley de inversión extranjera o ley nacional establece el consentimiento a arbitraje o no con base en los principios de interpretación aplicables conforme a legislación nacional. Una vez que se ha determinado la existencia del consentimiento a arbitraje, su validez no debe juzgarse exclusivamente con base en la legislación nacional ya que otros principios, tales como el de buena fe y *estoppel*, y normas internacionales. . . pueden un tener un papel que desempeñar¹³⁰

¹²⁹ DRIEDGER, Elmer, *Construction of Statutes*, Toronto, Butterworths, 1983, p. 1. Sobre reglas de interpretación legal en derecho anglosajón ver, en lo general, ESKRIDGE, William N. et al., *Cases and materials on legislation: Statutes and the creation of public policy*, 3a ed., Minnesota, West Publishing Co., 1998.

¹³⁰ SUÁREZ ANZORENA, Ignacio, “Consent to Arbitration in Foreign Investment Law” en Laird, I. y Wiler, T. (eds.), *International Treaty Arbitration and International Law*, vol 2, Nueva York, JurisNet LLC, 2009 (en adelante “SUÁREZ ANZORENA”), p. 79.

En nuestra opinión, debido a que la cuestión a resolver va más allá del derecho nacional, es decir que la problemática consiste en si se ha creado una obligación internacional de adjudicar una disputa ante un tribunal internacional a través de una ley promulgada de manera unilateral, y en virtud de que dicho instrumento constituye una declaración unilateral, deben emplearse las reglas de derecho internacional sobre las declaraciones unilaterales para definir con precisión el verdadero alcance de la legislación correspondiente, en el marco de la jurisdicción internacional.

Sin embargo, el papel del derecho nacional no es rezagado por completo. Las consideraciones de derecho internacional pueden servir para determinar, por ejemplo, la entrada en vigor de la ley, entre otras cuestiones.¹³¹

En conclusión, las reglas de interpretación de derecho interno no pueden ser la única base sobre la cual se interprete una declaración unilateral de naturaleza internacional contenida en la legislación nacional

E. Análisis de la jurisprudencia en materia de inversión

En los capítulos precedentes se presentó un esbozo sobre los diversos instrumentos que codifican reglas de interpretación de diversas materias y que podrían auxiliar en la interpretación de una oferta abierta a arbitraje contenida en la legislación nacional. Asimismo, se presentaron las posturas doctrinales que respaldan la aplicación de las reglas contenidas en estos instrumentos y un análisis crítico sobre su idoneidad.

¹³¹ POTESTA, Michele, *op. cit.*, n. 36, p. 15.

El presente capítulo se enfoca en analizar cómo han resuelto los tribunales CIADI las objeciones a la jurisdicción *ratione voluntatis*, cuando se alega como fundamento de la jurisdicción el aparente consentimiento comprendido en una ley de nacional de inversión. Para conducir dicho análisis se seleccionaron aquellos casos que se erigen como los más representativos y de mayor sustancia sobre el tema objeto de la presente tesis.¹³² Los casos selectos se dividen en dos partes: primero abordaremos el caso de SPP fundado en la Ley de Egipto y en segundo lugar abordaremos una serie de casos fundados en la Ley de Inversiones de Venezuela.

1. SPP v. Egipto

El primer caso en el *corpus* jurisdiccional en materia de inversión sobre el requisito *ratione voluntatis* contenido en una ley es el de *SPP v. Egipto*,¹³³ también conocido como el caso de las pirámides. Este caso reviste singular importancia no sólo por ser el primer caso que aborda la cuestión del consentimiento contenido en la legislación nacional, sino porque el tribunal se adentra en detalladas consideraciones sobre el estándar de interpretación idóneo para ofertas a arbitraje CIADI contenidas en la legislación nacional. En este caso el *quid* de la cuestión era si una declaración unilateral constituía consentimiento a arbitraje.

¹³² Si bien hay otros casos en los que se ha abordado este tema, dichos casos únicamente han abordado la cuestión que nos atañe de manera tangencial o superficial y su análisis poco aporta a nuestro estudio. Ver, por ejemplo, *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Salvador*, Laudo, 2 de agosto de 2006, paras. 310, 316, 327; *Rumeli v. Kasajstán*, Laudo, 29 de julio de 2008, para. 334; *Biwater Gauff v. Tanzania*, Laudo, 18 de julio de 2008, para. 329; *Zhinvali v. Georgia*, Laudo, 24 de enero de 2003, para. 339.

¹³³ *Southern Pacific Properties v. República Árabe de Egipto*, Laudo sobre el fondo de la disputa, 14 de abril de 1988 (en adelante “SPP v. Egipto”).

En 1978 South Pacific Properties Limited y South Pacific Properties (Middle East), una empresa filial constituida en Hong Kong y su matriz, presentaron una solicitud de arbitraje ante el CIADI en contra de Egipto en virtud de la recisión unilateral por parte de Egipto de una serie de convenios para desarrollar un complejo turístico en el área de las pirámides, fundando su reclamación, *inter alia*, en el artículo 8 de la Ley egipcia No. 43 de 1974 relativa a la inversión de fondos árabes y extranjeros y en las Zonas de Libre Comercio (la "Ley No. 43").

Egipto objetó la jurisdicción del Tribunal alegando que nunca otorgó su consentimiento a arbitraje mediante dicha ley y que, en todo caso, el derecho aplicable para determinar la existencia del supuesto consentimiento era el derecho egipcio.¹³⁴ Las demandantes, por su parte, alegaron que el hecho de que el consentimiento hubiera sido expresado mediante una disposición legislativa no implicaba que el derecho relevante para determinar la existencia del consentimiento fuera el derecho egipcio —puesto que el derecho municipal únicamente constituía una cuestión de hecho— sino que se debían emplear los principios de interpretación convencional contenidos en la Convención de Viena, en virtud de que el asunto a resolver era si el artículo 8 constituía consentimiento en el marco de un tratado internacional, *i.e.* el Convenio CIADI.¹³⁵

El tribunal determinó que el artículo 8 no debía ser abordado simplemente como un hecho, sino que constituía el derecho aplicable, lo cual no significaba que el tribunal debiera aplicar otras disposiciones supletorias de derecho egipcio o que estuviera constreñido por la interpretación que Egipto formulara de su propia ley, en virtud del principio

¹³⁴ *Ibidem*, para. 55.

¹³⁵ *Ibidem*, para. 56.

kompetenz-kompetenz.¹³⁶ El tribunal rechazó la contención de las demandantes de que las reglas convencionales de interpretación eran las únicas reglas relevantes, en virtud de que el acto tenía la naturaleza de una declaración unilateral de la voluntad,¹³⁷ y optó por un enfoque mixto para interpretar dicha disposición, al recurrir tanto a principios generales de interpretación legal, como a principios de interpretación convencional y principios de interpretación de declaraciones unilaterales.¹³⁸

Adicionalmente, el tribunal añadió lo siguiente:

[C]laramente no existe una presunción a favor de la existencia de la jurisdicción. . . y el Tribunal debe analizar meticulosamente las objeciones de Egipto a la jurisdicción del Centro.

. . . .
[L]os instrumentos jurisdiccionales no deben interpretarse restrictivamente ni expansivamente, sino objetivamente y de buena fe, y se determinará la existencia de la jurisdicción si —y sólo si— la fuerza de los argumentos que la respaldan son preponderantes.¹³⁹

Después de externar de manera desarticulada el canon de interpretación aplicable, el Tribunal se sumergió en un análisis del texto de la disposición y aparentemente

¹³⁶ *Ibidem*, paras. 57,60.

¹³⁷ *Ibidem*, para. 59.

¹³⁸ En términos del tribunal: “El problema jurisdiccional en este caso implica más que la interpretación de la legislación local. El problema es si cierta legislación promulgada unilateralmente ha creado una obligación internacional en virtud de un tratado multilateral. La resolución de este problema implica tanto interpretación legal, como interpretación convencional. También, en la medida en la que se presume que el Artículo 8 es una declaración unilateral de la aceptación de la jurisdicción del Centro, sujeta a la aceptación recíproca por parte de un nacional de otro Estado Contratante, el Tribunal también debe tener en cuenta ciertos aspectos del derecho internacional que rigen los actos jurídicos unilaterales. Éste es un tema que ha recibido atención considerable en la jurisprudencia, tanto de la Corte Permanente de Justicia Internacional como de la Corte Internacional de Justicia, en relación con las declaraciones en virtud de la llamada “Cláusula Opcional” de los estatutos de la Corte. . . . Por lo tanto, para decidir si en las circunstancias del presente caso la Ley No. 43 implica consentimiento a la jurisdicción del Centro, el Tribunal aplicará principios generales de interpretación de leyes, tomando en consideración, cuando sea apropiado, normas relevantes de interpretación de tratados y principios de derecho internacional aplicables a las declaraciones unilaterales”. *Ibidem*, para. 61.

¹³⁹ *Ibidem*, para. 63.

se apoyó en principios de interpretación tales como el sistemático¹⁴⁰ y el teleológico,¹⁴¹ así como en consideraciones sobre el contexto en el que se promulgó la ley, con el fin de desentrañar la intención de Egipto. Finalmente el Tribunal aceptó la postura de las demandantes con respecto al sentido del texto de la ley, *i.e.* que la disposición establecía una secuencia jerárquica y obligatoria de procedimientos para la solución de controversias, lo cual se traducía en el consentimiento de Egipto a la jurisdicción del Centro otorgado por escrito, y en consecuencia sostuvo jurisdicción.¹⁴²

Por su parte, el Dr. El Mahdi, emitió una extensa opinión disidente en la que mostró su desacuerdo con la decisión mayoritaria al establecer que ni el texto de la ley, ni los trabajos preparatorios conducían a la conclusión a la que había arribado la mayoría del tribunal,¹⁴³ y añadió que:

El consentimiento de un Estado de someterse a la jurisdicción del Centro no debe presumirse... un Estado soberano goza de inmunidad a ser sujeto a adjudicación sin su consentimiento. La renuncia a dicha inmunidad no debe presumirse, sino que debe ser probada, y la carga de probarlo descansa en la parte que alega lo contrario... En mi opinión, las Demandantes no presentaron evidencia [de que Egipto consintiera a la jurisdicción CIADI de manera clara e inequívoca].¹⁴⁴

Nuestra crítica a este laudo va enfocada a que Egipto, en su calidad de Estado soberano, no puede ser juzgado salvo que haya otorgado su consentimiento a tal efecto. Consecuentemente, existe la presunción en favor de Egipto de que las cosas guardan su estado natural, y el Estado únicamente puede ser sujetado a la jurisdicción del CIADI si las demandantes que plantean la excepción a la regla de inmunidad desvirtua-

¹⁴⁰ *Ibidem*, para. 93.

¹⁴¹ *Ibidem*, para. 96.

¹⁴² *Ibidem*, paras. 115-116.

¹⁴³ *Ibidem*, Opinión Disidente del Dr. El Mahdi, p. 176, paras. 24-26.

¹⁴⁴ *Ibidem*, paras. 30-31.

ran esa presunción a través de hechos que demuestren la existencia del consentimiento.

Ya que las demandantes son quienes afirman que Egipto otorgó su consentimiento para someterse a la jurisdicción CIADI —situación que se desvía de la norma— deben ser las demandantes quienes tengan la obligación de probar que Egipto efectivamente otorgó dicho consentimiento, ya sea a través del texto de la ley o de una serie de pruebas circunstanciales aunadas al texto de la ley. Si de la evidencia presentada por las demandantes aún no resultare claro si Egipto efectivamente consintió al arbitraje CIADI, se debería resolver en favor de Egipto, ya que se presume que las cosas guardan su estado normal, *i.e.* cabría lugar a una interpretación restrictiva.

Sin embargo, el tribunal parte de la premisa de que la declaración contenida en el artículo 8 constituye un “instrumento jurisdiccional”¹⁴⁵ —*i.e.* una oferta que al ser aceptada por el inversionista constituye una suerte de contrato arbitral—sin elaborar sobre cómo llega a la conclusión de que dicha figura conforma una oferta de arbitraje y no, por ejemplo, una mera mención de los posibles recursos jurisdiccionales disponibles para los inversionistas, sujeto a un ulterior acuerdo entre las partes, como alega Egipto.¹⁴⁶ Parece ser que el Tribunal admite implícitamente la contención de las demandantes de que esta declaración constituye una oferta a arbitraje.

¹⁴⁵ Ver *supra* n. 139

¹⁴⁶ Para una crítica sobre la resolución del tribunal, ver SUÁREZ ANZORENA, *op. cit.*, n. 129, p. 78 (“Al caracterizar una [Ley de inversión extranjera] como un “acto unilateral” en vez de caracterizarla como una ley nacional, el tribunal incurrió en una falacia por presunción al integrar su premisa a su conclusión — que había consentimiento al arbitraje internacional. Si la fuente del consentimiento es una ley nacional, parece más adecuado determinar la existencia y los alcances de dicho consentimiento de acuerdo con el marco bajo el que fue emitido”).

Además, del análisis del tribunal no resulta claro cuál es el rol que juegan los diversos instrumentos de interpretación a los que hace mención, si es que existe alguna relación jerárquica en las normas o cómo es que se interrelacionan y complementan dichas normas al momento de su aplicación.

En conclusión, el Tribunal parece favorecer la protección de los inversionistas, aun a costa de la seguridad jurídica.

2. Casos de Venezuela

Como consecuencia de la política de nacionalización iniciada por el presidente Hugo Chávez en 2006 surgen una serie de casos contra Venezuela en el marco del Convenio CIADI, basados en el artículo 8 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones venezolana promulgada en 1999 (la “Ley de Inversiones”). Estos casos lidian con el supuesto consentimiento a la jurisdicción CIADI otorgado por Venezuela a través de una ley nacional.

Hay dos casos en los que las demandantes fundamentan la existencia de la jurisdicción exclusivamente en la Ley de Inversiones —*Brandes*¹⁴⁷ y *Opic*¹⁴⁸—, mientras que en los otros tres casos —*Mobil*,¹⁴⁹ *Cemex*¹⁵⁰ y *Tidewater*¹⁵¹— las demandantes funda-

¹⁴⁷ *Brandes Investment Partners, LP v. Venezuela*, Laudo, 2 de agosto de 2011 (en adelante “Brandes”)

¹⁴⁸ *OPIC Karimun Corporation v. Venezuela*, Laudo sobre jurisdicción, 28 de mayo de 2013 (en adelante “Opic”).

¹⁴⁹ *Mobil Corporation y otros v. Venezuela*, Decisión sobre Jurisdicción, 10 de junio de 2010 (en adelante “Mobil”).

¹⁵⁰ *Cemex Caracas Investments B.V. y Cemex Caracas II Investments B.V. v. Venezuela*, Decisión sobre Jurisdicción, 30 de diciembre de 2010 (en adelante “Cemex”).

¹⁵¹ *Tidewater Inc. y otros v. Venezuela*, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2013 (en adelante “Tidewater”).

mentan la existencia de la jurisdicción en la ley de inversiones, así como en los TBIs aplicables a cada caso.

Debido a que las demandantes en todos estos casos fundan su reclamación en la misma disposición, *i.e.* artículo 8 de la Ley de Inversiones de Venezuela, y presentan argumentos y hechos casi idénticos, es posible hacer una síntesis de las pretensiones de las demandantes, así como de la contestación ofrecida por Venezuela; esto mismo sucede con las conclusiones a las que arribaron los Tribunales. A continuación procederemos a analizar los casos en su conjunto bajo la lógica antes planteada.¹⁵²

a. Argumentos de las partes

Las demandantes fundaron la existencia de la jurisdicción *voluntatis* del tribunal en el texto del artículo 22 de la Ley de Inversiones y, retomando la sentencia del tribunal en el caso *SPP v. Egipto*, arguyeron que dicho texto debía interpretarse objetivamente y de buena fe en el marco del Convenio CIADI y de los principios pertinentes del derecho internacional, tales como el principio *effet utile*, sin sesgos a favor o en contra de la existencia de jurisdicción, lo cual se traduce en un rechazo del principio de interpretación restrictiva.¹⁵³ Las demandantes ofrecieron un detallado análisis del texto de la disposi-

¹⁵² Toda referencia hecha en esta sección al “Tribunal” se entenderá hecha a los distintos Tribunales constituidos bajo el Convenio CIADI. Asimismo, toda referencia hecha a “las demandantes” se entenderá hecha a cada una de las demandantes en lo particular.

¹⁵³ *Mobil*, paras. 38, 60 (en donde las demandantes hacen referencia al estándar de interpretación aplicado en *SPP v. Egipto* y al principio *effet utile*); *Cemex*, para. 48 (en donde las demandantes hacen referencia al estándar de interpretación aplicado en el caso *Fisheries* y al principio *effet utile*); *Brandes*, para. 116 (en donde la demandante hace referencia al principio *effet utile*. El tribunal se limita a aseverar que las partes coinciden sobre los elementos interpretativos aplicables al caso sin ahondar en detalles sobre los argumentos de las partes); *Tidewater*, paras. 30, 32 (en donde la demandante hace referencia al estándar de interpretación aplicado en *SPP v. Egipto* y al principio *effet utile*); *Opic*, paras. 30-40, 84 (en donde la demandante hace referencia al estándar de interpretación aplicado en el caso *SPP v. Egipto*, al principio *contra proferentem* y al principio *effet utile*).

ción, dentro del contexto en que fue promulgada la ley, teniendo en cuenta su objeto y fin, y concluyeron que éste expresaba el consentimiento de Venezuela al arbitraje CIA-DI.

Venezuela, por su parte, objetó la jurisdicción del Tribunal alegando que del texto del artículo 22 no se desprendía la existencia del consentimiento abierto alegado por la demandante¹⁵⁴, y a tal efecto presentó, además del análisis textual de la propia disposición, una estructurada comparación de otras leyes nacionales de inversión y cláusulas modelo CIADI que indubitablemente contenían dicho consentimiento, así como el análisis de jurisprudencia venezolana aunada a principios jurídicos venezolanos. Asimismo, favoreció una interpretación restrictiva de la disposición en caso de duda.¹⁵⁵

b. Análisis de la sentencia del Tribunal

Al analizar las obligaciones de Venezuela posiblemente creadas en virtud del artículo 22, el Tribunal las caracterizó como actos unilaterales por los cuales un Estado puede otorgar su consentimiento a la jurisdicción CIADI, es decir que pueden constituir ofertas permanentes a inversionistas extranjeros en el marco del Convenio del CIADI¹⁵⁶ y desestimó la aplicación de los Principios Rectores, así como, tácitamente, la aplicación de una interpretación restrictiva.¹⁵⁷ Sin embargo, se remitió a la jurisprudencia de la Corte referente a la interpretación de cláusulas de jurisdicción voluntaria –en virtud de la simi-

¹⁵⁴ Venezuela alegó consistentemente que el artículo 22 constituía únicamente el reconocimiento y confirmación, por parte del Estado, del arbitraje como medio legítimo de solución de diferencias en aquellos casos en los que Venezuela hubiere consentido al arbitraje en el marco de un tratado o acuerdo específico. Ver *Mobil*, paras. 26, 114; *Cemex*, para. 106; *Brandes*, para. 27; *Tidewater*, para. 33; *Opic*, para. 22.

¹⁵⁵ *Tidewater*, para. 87.

¹⁵⁶ *Mobil*, para. 85; *Cemex*, para. 79; *Brandes*, para. 36, 81; *Tidewater* para. 88; *Opic* para. 74.

¹⁵⁷ *Mobil* 89-90; *Cemex*, paras. 82-83; *Tidewater*, paras. 90-91.

litud que guardan ambas figuras— y adoptó el enfoque asentado por la Corte en el caso *Fisheries*,¹⁵⁸ según el cual una declaración unilateral debe interpretarse de forma natural y razonable, teniendo debidamente en cuenta la intención del Estado, en donde dicha intención puede deducirse del texto, pero también del contexto, de las circunstancias de su preparación y de los fines que se pretenda alcanzar.¹⁵⁹

Asimismo, el tribunal determinó que el derecho aplicable en virtud de que la disposición constituía una declaración unilateral vinculada a un tratado internacional era, en primer lugar, aquellas normas de derecho internacional que rigen la interpretación de tratados y, en segundo lugar, las normas aplicables a actos unilaterales formulados en el marco de un tratado.¹⁶⁰ Lo primero implica que la interpretación a la que arribe el Tribunal debe ser consonante con el propio Convenio CIADI, el cual establece los requisi-

¹⁵⁸ Una particularidad interesante de este caso es que establece un estándar objetivo para determinar si la Corte cuenta con jurisdicción *ratione voluntatis*, *i.e.* que la Corte debe resolver *ex officio* la existencia de la jurisdicción, lo cual implica que no hay *a priori* una presunción a favor o en contra de la jurisdicción. En dicho caso la Corte estableció que: "[L]a determinación de la existencia o inexistencia de la jurisdicción no es una cuestión para las partes sino para la Corte misma. Aun cuando la parte que busca afirmar un hecho debe asumir la carga de probarlo, esto no tiene relevancia para la determinación de la jurisdicción de la Corte, lo cual es una 'cuestión de derecho que debe resolverse a la luz de los hechos relevantes'. Siendo así que, no existe ninguna carga de la prueba con la que se deba [cumplir] en la cuestión de la jurisdicción. Más bien, la Corte debe determinar a partir de todos los hechos y tomando en consideración todos los argumentos esgrimidos por las Partes 'si la fuerza de los argumentos que militan en favor de la jurisdicción son preponderantes, y [debe] corroborar si existe la intención de las Partes para conferirle jurisdicción". Ver *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998, para. 37, citas omitidas. Esto es congruente con las facultades de revisión de las que están investidos los tribunales CIADI en virtud de la Regla 41(2) de Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje, la cual establece que "El Tribunal podrá considerar de oficio en cualquier estado del procedimiento, si la diferencia que se le ha sometido cae dentro de la jurisdicción del Centro y es de su propia competencia".

¹⁵⁹ *Mobil*, para. 94; *Cemex*, paras. 85, 87; *Tidewater*, para. 97; *Opic*, para. 78.

¹⁶⁰ *Mobil*, paras. 86-96; *Cemex*, paras. 80-90; *Brandes* paras. 81-82; *Tidewater*, para. 86, 96-100; *Opic*, paras. 75-76 (El Tribunal . . . concluye que el enfoque correcto . . . es aplicar las normas de derecho internacional que rigen la interpretación de los tratados y de los actos unilaterales formulados dentro del marco de un tratado, y con fundamento en él – es decir, en el Convenio del CIADI –, teniendo en cuenta la jurisprudencia del CIADI donde corresponda).

tos mínimos sobre el consentimiento; y lo segundo, que la intención constituye el elemento fundamental para determinar la existencia del consentimiento.¹⁶¹

Con respecto al papel que juega el derecho estatal, los Tribunales lo caracterizaron como una cuestión de hecho que puede servir para evidenciar la intención de Venezuela al momento de promulgar la Ley de Inversiones, aun cuando éste no constituya el derecho aplicable.¹⁶²

Tras establecer el canon de interpretación aplicable, el Tribunal procedió a analizar los argumentos de las partes dentro de este marco. El Tribunal formuló un somero análisis del requisito *ratione voluntatis* establecido por el artículo 25 del Convenio CIADI y, tras notar que el consentimiento podía ser otorgado a través de legislación nacional y que no existían formalidades adicionales a que la voluntad fuera expresada por escrito, procedió a realizar un análisis textual del Artículo 22. El Tribunal concluyó del análisis liso y llano de la disposición que no se desprendía contundentemente la existencia de la voluntad del Estado de recurrir a arbitraje, por lo que procedió a analizar si de los hechos presentados por las partes se desprendía que la intención de Venezuela fuera otorgar su consentimiento, y entra en consideraciones sobre el contexto en el que se

¹⁶¹ A diferencia de los otros tribunales, el tribunal de *Tidewater* recalca la importancia de la interpretación en buena fe y otorga un rol primordial a la “voluntad de las partes”. *Tidewater*, para. 100 (“para determinar su competencia un tribunal del CIADI debe considerar directamente la cuestión de si existe la prueba necesaria del consentimiento que requiere el artículo 25(1) del Convenio del CIADI, teniendo en cuenta la voluntad común de las partes”).

¹⁶² *Mobil*, para. 96; *Cemex*, para. 89; *Tidewater* para. 102-103; *Opic*, para. 75. Esta postura es afín a los alegatos presentados por las demandantes en *SPP v. Egipto*, para. 56. A diferencia de estos tribunales, el tribunal de *Brandes* otorga un papel relevante al derecho interno, para. 36 (el proceso inicial de interpretación debe hacerse dentro de los parámetros fijados por el sistema legal de [Venezuela], partiendo de la Constitución Política como norma suprema de esa Nación. . . [y] las conclusiones que resulten del análisis inicial deberán armonizarse con los principios del derecho internacional).

emitió dicha disposición para determinar si la intención del legislador era efectivamente formular una oferta abierta y general al arbitraje CIADI.

Finalmente, después de un exhaustivo análisis de las pruebas y argumentos ofrecidos por las partes, el Tribunal negó sostener jurisdicción. La *ratio* subyacente de esta decisión parece ser que, al no existir una expresión del consentimiento lo suficientemente clara para determinar el surgimiento de la obligación y al no haber pruebas contundentes que demuestren que la intención del Estado era efectivamente otorgar su consentimiento, no hay manera de fincar jurisdicción.

Parece ser que el umbral probatorio requerido en estos casos para demostrar la existencia del consentimiento es, en consonancia con decisiones de múltiples órganos jurisdiccionales internacionales, muy elevado.

Es interesante señalar que únicamente ha habido un caso —*Opic*— en el que uno de los árbitros emitió una opinión disidente. En este sentido, el Profesor Tawil expresa su desavenencia con la decisión mayoritaria del tribunal respecto al umbral de la carga de la prueba y parece sugerir que el Estado debería ser castigado por su aparente negligencia para ofrecer pruebas.¹⁶³

¹⁶³ Ver *Opic*, Opinión Disidente del Profesor Dr. Guido Santiago Tawil de 16 de mayo de 2013, paras. 8, 13, (“[L]a Demandante presentó prueba documental en relación al contexto que rodeó la Ley de Inversiones. . . lo que prueba “el contexto y el objetivo” del Artículo 22. . . Por el contrario, Venezuela omitió presentar documentación contemporánea o declaraciones testimoniales en contrario, incluso cuando le fue solicitado que así lo hiciera. . . . negar la jurisdicción por falta de consentimiento sobre la base de la ausencia de una “prueba directa” que solo [sic] podría adoptar la forma de documentos en poder, custodia o control de la Demandada, que fueran debidamente solicitados pero no fueron producidos, aparece, a mi juicio, como una exigencia demasiado alta para que la Demandante pueda cumplir y con la que, respetuosamente, no puedo estar de acuerdo.”).

III. CONCLUSIONES

A continuación se sintetizan las conclusiones resultado de la presente investigación:

PRIMERA. Es necesario que se cumplan con los requisitos jurisdiccionales *ratione materiae, personae y voluntatis* para que un Tribunal CIADI pueda conocer de una disputa presentada por un inversionista.

SEGUNDA. Un Estado puede otorgar su consentimiento a arbitraje CIADI a través de un contrato suscrito con el inversionista, de un tratado internacional suscrito entre Estados o mediante la promulgación de legislación nacional.

TERCERA. El consentimiento a arbitraje CIADI no reviste ninguna formalidad adicional a que sea otorgado por escrito.

CUARTA. Una oferta abierta a arbitraje contenida en la legislación nacional se debe interpretar de buena fe, partiendo de los términos en los cuales fue expresada y a la luz del contexto en el cual se formuló, en virtud de que constituye una declaración unilateral del Estado.

QUINTA. Hay ciertos principios de interpretación contractual y convencional que es propicio soslayar al momento de interpretar una oferta abierta a arbitraje, tal como el principio de interpretación *contra proferentem*.

Bibliografía

A. Libros y tratados

- BALLADORE-PALLERI, *Droit International Public*, Paris, LGDG, 1999.
- BASDEVANT J., *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirley, 1960.
- BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 20ª. Ed., México, Editorial Porrúa, 2006.
- BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 5a ed., Nueva York, Oxford University Press, 2001.
- CAHIER, Philippe, "Le comportement des Etats comme source de droits et des obligations", *Recueil d'Estudes de droit international en hommage á Paul Guggenheim*, Ginebra, IHEI, 1986.
- DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.
- DRIEDGER, Elmer, *Construction of Statutes*, Toronto, Butterworths, 1983.
- ESKRIDGE, William N. et al., *Cases and materials on legislation: Statutes and the creation of public policy*, 3a ed., Minnesota, West Publishing Co., 1998.
- GAILLARD, E. y SAVAGE, J. (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer Law International, 1999.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Estudios de derecho civil*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981.
- HERDEGEN, Matthias, *Derecho Internacional Público*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2005.
- JENNINGS, Robert y WATTS, Arthur (eds.), *Oppenheim's International Law*, vol. 1: Peace, 9a. ed, Londres, Oxford University Press, 1996.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, Ana M, *Lex Mercatoria and Harmonization of Contract Law in the EU*, Copenhagen, Djøf Publishing, 2003.
- REDFERN A., HUNTER M., et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5a Ed., Nueva York, Oxford University Press, 2009.
- ROUSSEAU, Charles, *Droit International Public*, t. I: Introduction et cources, Paris, Siney, 1970.
- SCHREUER, Christoph H. et al., *The ICSID Convention: A Commentary*, 2a ed., Nueva York, Cambridge University Press, 2009.
- TAPIA RAMÍREZ, Javier, *Introducción al Derecho Civil*, México, McGraw Hill Interamericana Editores, S. A. de C. V., 2003.

B. Artículos y Ensayos

- ANDREEVA, Yulia, "Interpreting consent to arbitration as a unilateral act of state: A case against conventions", *Arbitration International*, Vol. 27, No. 2, 2011, pp. 129 – 147.
- BARON, Gesa, "Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new lex mercatoria?", *Arbitration International*, Vol. 15, No. 2, 1999.
- CARON, David D., "The interpretation of national foreign investment laws as unilateral acts under international law", en Arsanjani, Mahnoush H. et al. (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, pp. 649 – 674.
- GOLDSTAJN, Alexander, "The New Law Merchant", *Journal of Business Law*, Londres, Vol. 12, 1961.
- JACKSON, John H., "Reflections on the Trade & Peace Relationship", en P. Ala'i et al. (eds.), *Trade as Guarantor of Peace, Liberty and Security?--Critical, Empirical and Historical Perspectives*, Studies in Transnational Legal Policy, Vol. 37, Washington, D.C., American Society of International Law, 2006, pp. 23-32.
- JARAMILLO VARGAS, Jorge, "Lex Mercatoria- a flexible tool to meet transnational trade law needs today", *Revist@ - Mercatoria*, Vol. 1, No. 2, 2002, disponible en <http://132.248.9.34/hevila/Emercatoria/2002/vol1/no2/2.pdf> (última vista 23 de diciembre de 2013).
- MEZGRAVIS, Andrés A., "El estándar de interpretación aplicable al consentimiento y a su revocatoria en el arbitraje de inversiones" en Soto Coaguila, Carlos Alberto (director), *Tratado de Derecho Arbitral*, t. II: El Convenio Arbitral, Bogotá, Universidad Pontificia Javeriana-Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pp. 835 – 861.
- NOLAN, Michael y CAIVANO, Frédéric G., "Limits of consent - Arbitration without privity and beyond" en Fernández- Ballesteros, M. Á. y Arias, David (eds.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, España, La Ley, 2010, pp. 873 – 911.
- PAULSSON, Jan, "Arbitration without privity", *ICSID Re view – Foreign Investment Law Journal*, Washington, otoño 1995, Vol. 10, No. 2, pp. 232-257.
- POTESTA, Michele, "The interpretation of consent to ICSID Arbitration contained in domestic investment laws", *Arbitration International*, Vol. 27, No. 2, 2011, pp. 149 – 169.
- SCHREUER, Christoph, "Relevance of Public International Law in International Commercial Arbitration: Investment Disputes", disponible en http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_1.pdf (última vista 23 de diciembre de 2013).
- SUÁREZ ANZORENA, Ignacio, "Consent to Arbitration in Foreign Investment Law" en Laird, I. y Wiler, T. (eds.), *International Treaty Arbitration and International Law*, vol 2, Nueva York, JurisNet LLC, 2009, pp. 63 – 83.

C. Resoluciones judiciales y demás decisiones relevantes

1. Laudos en materia de inversión

AES Corporation v. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/17, Decisión sobre jurisdicción, 26 de abril de 2005.

Azurix Corp. v. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre jurisdicción, 8 de diciembre de 2003.

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 18 de julio de 2008.

Brandes Investment Partners, LP v. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB/08/3, Laudo, 2 de agosto de 2011.

Camuzzi International S.A. v. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/2, Decisión sobre jurisdicción, 11 de mayo de 2005.

Cemex Caracas Investments B.V. y Cemex Caracas II Investments B.V. v. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB/08/15, Decisión sobre Jurisdicción, 30 de diciembre de 2010.

Československá Obchodní Banka, A.S. (COB) v. República Eslovaca, Caso CIADI No. ARB/97/4, Decisión sobre jurisdicción, 24 de mayo de 1999.

CMS Gas Transmission Company (CMS) v. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión sobre jurisdicción, 17 de julio de 2003.

CMS v. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión sobre anulación, 25 de septiembre de 2007.

Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. v. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre jurisdicción, 14 de enero de 2004.

Fedax N.V. v. República de Venezuela, Caso CIADI No. ARB/96/3, Decisión sobre jurisdicción, 11 de julio de 1997.

Inceysa Vallisoletana, S.L. v. República del Salvador, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006.

Jan de Nul N.V. y Dredging International v. República Árabe de Egipto, Caso CIADI No. ARB/04/13, Decisión sobre jurisdicción, 16 de junio de 2006.

Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd. y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. v. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB/07/27, Decisión sobre Jurisdicción, 10 de junio de 2010.

Noble Energy Inc. & Machalpower Cia. Ltda. v. República de Ecuador, Caso CIADI No. ARB/05/12, Decisión sobre jurisdicción, 5 de marzo de 2008.

OPIC Karimun Corporation v. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB/10/14, Laudo sobre jurisdicción, 28 de mayo de 2013.

Rumeli Telekom AS v. República de Kasajstán, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008.

Saipem S.p.A. v. República Popular de Bangladesh, Caso CIADI No. ARB/05/7, Decisión sobre jurisdicción, 21 de marzo de 2007.

Sempra Energy International v. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/16, Decisión sobre jurisdicción, 11 de mayo de 2005.

Siemens A.G. v. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre jurisdicción, 3 de agosto de 2004.

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. República Arabe de Egipto, Caso CIADI No. ARB/84/3, Laudo sobre el fondo de la disputa, 14 de abril de 1988.

Texaco Overseas Petroleum Company y California Asiatic Oil Company v. EL Gobierno de la República Árabe de Libia, Laudo Preliminar, 27 de noviembre de 1975, 53 ILR 389.

Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., Twenty Grand Offshore, L.L.C., Point Marine, L.L.C., Twenty Grand Marine Service, L.L.C., Jackson Marine, L.L.C. y Zapata Gulf Marine Operators, L.L.C. v. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB/10/5, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2013.

Zhinvali Development Ltd. v. República de Georgia, Caso CIADI No. ARB/00/1, Laudo, 24 de enero de 2003.

2. Decisiones de la Corte Internacional de Justicia

Anglo Iranian Oil Co. case (jurisdiction), Judgment of July 22nd, 1952, I.C.J. Reports 1952, p. 93.

Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 432.

Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253.

Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 457.

3. Laudos de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional

ICC Award No. 1434 (1975), *Multinational Group A v. State B*, 103 J.D.I., pp. 979-980 (1976)

D. Legislación, tratados, convenios y otros instrumentos internacionales

Carta de las Naciones Unidas, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y Acuerdos provisionales concertados por los Gobiernos participantes en la Conferencia

de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 9 de octubre de 1946.

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (abierto a firma el 18 de marzo de 1965, entrada en vigor el 14 de octubre de 1966)

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de febrero de 1975.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 1993.

Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, publicados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, 2004.

Energy Charter Treaty (abierto a firma el 17 de diciembre de 1994), 2080 U.N.T.S. 100.

E. Documentos de Naciones Unidas y demás organizaciones y organismos internacionales

U.N. GAOR, ILC, Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su Cuadragésimo octavo periodo de sesiones, sostenido del 6 de mayo al 26 de julio de 1996, U.N.Doc. A/51/10 (A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2)), Yearbook. . . 1996, vol. II(2), Annex II.

——— General Assembly, Resolution Adopted by the General Assembly On the Report of the Sixth Committee, UN DOC UNGA A/Res/51/160, 30 de enero de 1997.

——— ILC, Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su Cuadragésimo noveno periodo de sesiones, sostenido del 12 de mayo al 18 de julio de 1997, U.N.Doc. A/52/10 (A/CN.4/SER.A/1997/Add.1 (Part 2)), Yearbook. . . 1997, vol. II(2).

Primer informe sobre los actos unilaterales del Estado, por el Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial, U.N. GAOR, ILC, 50° periodo de Sess., U.N.Doc. A/CN.4/486 (1998)

U.N. GAOR, ILC, Comisión de Derecho Internacional en su Quincuagésimo periodo de sesiones, sostenido del 20 de abril al 12 de junio, y del 27 de julio al 14 de agosto de 1998, U.N.Doc. A/53/10 (A/CN.4/SER.A/1998/Add.1 (Part 2)), Yearbook. . . 1999, vol. II(2).

——— ILC, Comisión de Derecho Internacional en su Quincuagésimo primero periodo de sesiones, sostenido del 3 de mayo al 23 de julio de 1999, U.N.Doc. A/54/10 (A/CN.4/SER.A/1999/Add.1 (Part 2)), Yearbook. . . 1999, vol. II(2).

Tercer informe sobre los actos unilaterales del Estado, por el Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial, U.N. GAOR, ILC, 52° periodo de Sess., U.N.Doc. A/CN.4/505 (2000).

Cuarto informe sobre los actos unilaterales del Estado, por el Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial, U.N. GAOR, ILC, 53° periodo de Sess., U.N.Doc. A/CN.4/519 (2001).

U.N. GAOR, ILC, Comisión de Derecho Internacional en su Quincuagésimo tercero periodo de sesiones, sostenido del a, 23 de abril al 1° de junio y del 2 de julio al 10 de agosto de 2001, U.N.Doc. A/56/10 (A/CN.4/521), Yearbook. . . 2001, vol. II(2).

Quinto informe sobre los actos unilaterales del Estado, por el Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial, U.N. GAOR, ILC, 54° periodo de Sess., U.N.Doc. A/CN.4/525 (2002).

Noveno informe sobre los actos unilaterales del Estado, por el Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial, U.N. GAOR, ILC, 58° periodo de Sess., U.N.Doc. A/CN.4/569/Add.1 (2006).

U.N. GAOR, ILC, Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su Quincuagésimo octavo periodo de sesiones, sostenido del 1 de mayo al 9 de junio y del 3 de julio al 11 de agosto de 2006, U.N.Doc. Suplemento N° 10 (A/61/10).

F. Otros

“Lista de Estados Contratantes y signatarios del Convenio”, Secretariado General del CIADI, Doc. CIADI/3, actualizada al 1 de noviembre de 2013, disponible en <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=Spanish> (última vista 23 de diciembre de 2013).

“The ICSID Caseload – Statistics” (Issue 2013-2), Secretariado General del CIADI, actualizado al 30 de junio de 2013, disponible en <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=English42> (última vista 23 de diciembre de 2013).

AL-SHARMANI, Mona, “Module 2.4. Requirements Ratione Personae”, Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property, UNCTAD, Doc. No. UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.3, Nueva York y Ginebra, 2003.

ESCOBAR, Alejandro A., “Module 2.5. Requirements Ratione Materiae”, Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property, UNCTAD, Doc. No. UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.4, Nueva York y Ginebra, 2003.

ICSID Model Clauses, Doc. ICSID/5/Rev.2 de 1 de febrero de 1993, reproducidas en 4 ICSID Reports 357.

Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, reproducido en ICSID Reports 28.

- JACQUET, Jean-Michel, "Module 5.5. Law Governing the Merits of the Dispute", Course on Dispute Settlement in International Commercial Arbitration, UNCTAD, Doc. UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.40, Nueva York y Ginebra, 2005.
- JARDÓN PIÑA, LUIS, "La Regla del Estoppel ante la Corte Internacional de Justicia", Tesis de Licenciatura asesorada por Alejandro Posadas Urtusuástegui, Centro de Investigación y Docencia Económica, México, 2008 (mimeo).
- Julius Melnitzer, "Canada ratifies World Bank's ICSID Convention", Financial Post, 2 de noviembre de 2013, disponible en <http://business.financialpost.com/2013/11/02/canada-ratifies-world-banks-icsid-convention/> (última vista 23 de diciembre de 2013).
- SCHREUER, Christoph, "Module 2.3. Consent to Arbitration", Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property, UNCTAD, Doc. No. UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.2, Nueva York y Ginebra, 2003.
- STEINGRUBER, Andrea Marco, "Notion, nature and extent of consent in international arbitration", Tesis Doctoral, asesorada por Loukas A. Mistelis, Queen Mary University of London, Londres, 2009 (mimeo).

Bibliografía Consultada

- BARCELÓ III, John J., "*Burden of Proof, Prima Facie Case and Presumption in WTO Dispute Settlement*", Cornell Law Faculty Publications, Paper No. 119, 2009.
- DUGAN, Christopher et. al, *Investor-State arbitration*, 2a ed., Nueva York, Oxford University Press, 2008.
- FITZMARUICE, Malgosia, "*The Optional Clause System and the Law of Treaties: Issues of Interpretation in Recent Jurisprudence of the International Court of Justice*", Australian Year Book of International Law, No. 20, 1999.
- GUASTINI, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Marina Gascón y Miguel Carbonell (trad.), México, UNAM e Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, No. 7, 1999.
- MITCHELL, Andrew D., "*Good Faith in WTO Dispute Settlement*", Melbourne Journal of International Law, No. 7, 2006.
- PONCE DE LEON ARMENTA, Luis, *Metodología del derecho*, México, Porrúa, 1996.
- SALDAÑA PÉREZ, Juan Manuel, *Comercio Internacional. Régimen jurídico económico*, México, Porrúa-Instituto Internacional del Derecho y del Estado, 2005.
- SHEPPARD, Audley, "The Jurisdictional Threshold of a Prima-Facie Case" en Muchlinski, Peter et al. (ed.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Nueva York, 2008.
- WILKINSON, Stephen, "*Standards of Proof in International Humanitarian and Human Rights Fact-Finding and Inquiry Missions*", Geneva Academy of International Humanitarian Law y Geneva Call, 2009.