

HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN
JURISTISCHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR VÖLKER- UND EUROPARECHT

PROFESOR DR. DR. H.C. CHRISTIAN TOMUSCHAT

HU Berlin • Institut für Völker- und
Europarecht • Unter den Linden 6 • D-10099
Berlin

Domicilio	Bebelplatz 1, Kommode D-10117 Berlín
Teléfono	(030) 405 414 86
Telefax	(030) 405 414 88
E-Mail	christian.tomuschat@rewi.hu-berlin.de

Traducción

Interpretación del artículo VII del Tratado Bilateral de Inversiones entre los Estados Unidos y el Ecuador

Principios generales

I. Introducción

II. Materia: Los hechos

III. Interpretación del artículo VII del TBI

1) El concepto de diferencia

- a) Los términos del TBI
- b) El contexto interno

2) Diferencias que emanan del TBI

3) El contexto general sistémico

- a) Diferencias jurídicas y opiniones consultivas
- b) Apelación de los laudos arbitrales según el artículo VI del TBI
- c) Las consecuencias del concepto del Ecuador
- d) El principio de legalidad

4) El objeto y fin del TBI

5) Conclusión

IV. Conclusión general

I. Introducción

1. Soy profesor emeritus de la Universidad Humboldt, en Berlín, donde cumplí funciones en la Facultad de Derecho como Director del Instituto de Derecho Internacional, entre 1995 y 2004. Previamente, fui Director del Instituto de Derecho Internacional también de la Facultad de Derecho y Economía de la Universidad de Bonn, entre 1972 y 1995. Escribí y corregí numerosos libros, con énfasis específicamente en los derechos humanos y en el arreglo internacional de diferencias; fui uno de los correctores del Comentario sobre la Carta de las Naciones Unidas (Oxford, 2002) y del Comentario sobre el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia (Oxford, 2006). Además de la docencia y las tareas como becario, me desempeñé como Presidente de la Asociación Alemana de Derecho Internacional (1993-1997). En 1997, fui elegido para integrar el *Institut de droit international*, la sociedad líder de los pensadores del derecho internacional. Integré el Comité de las Naciones Unidas de Derechos Humanos (de 1977 a 1986) y fui miembro y presidente de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Internacional (de 1985 a 1996). Desde 1995 hasta 1997 fungí como juez del Tribunal Administrativo del Banco Interamericano de Desarrollo y, desde 1999 hasta 2008, cumplí la misma función como juez del Tribunal Administrativo del Banco de Desarrollo Africano. Fui abogado en casos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la Corte Internacional de Justicia. También fui árbitro en casos pendientes ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

2. La Asesoría Jurídica del Departamento de Estado de los Estados Unidos me solicitó que estudiara y expresara mi opinión sobre el intento del Ecuador por iniciar un procedimiento arbitral con arreglo al artículo VII del Tratado Bilateral de Inversiones de 1993 sobre promoción y protección recíproca de inversiones entre el Ecuador y los Estados Unidos (en adelante, “el TBI”). Tomé conocimiento de los hechos subyacentes mediante información que me suministró el Departamento de Estado. En particular, tuve acceso a las presentaciones pertinentes del Ecuador.

II. Materia: Los hechos

3. Mediante una carta con fecha del 28 de junio de 2011, la República del Ecuador pretendió iniciar un procedimiento arbitral contra los Estados Unidos con arreglo al artículo VII del TBI. El Gobierno del Ecuador está convencido de que un tribunal arbitral establecido de conformidad con el artículo VI(3)(a)(iii) del TBI interpretó erróneamente el artículo II(7) de ese instrumento en un laudo expedido el 30 de marzo de 2010 en el caso de *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company contra el Ecuador*. En una nota con fecha del 8 de junio de 2010, solicitó que el Gobierno de los Estados Unidos objetara a esta interpretación a través de una declaración acordada de las dos partes contratantes, con la intención de aclarar la cláusula en cuestión en el sentido que, en su opinión, refleja su alcance y significado verdaderos. El Gobierno de los Estados Unidos no respondió de manera positiva a la solicitud del Gobierno del Ecuador, indicando que se encuentra revisando las opiniones expresadas en su solicitud (carta del 23 de agosto de 2010). Desde entonces, no ha tomado ninguna otra medida para satisfacer el deseo del Ecuador. El Ecuador considera que esta pasividad representa una diferencia según el artículo VII del TBI.

III. Interpretación del artículo VII del TBI

4. La cuestión principal es determinar si, en realidad, surgió una diferencia en torno a la interpretación o la aplicación del TBI entre el Ecuador y los Estados Unidos. Solo si existe una diferencia en el sentido técnico del artículo VII del TBI, el Ecuador tiene derecho a entablar un procedimiento arbitral de conformidad con esta cláusula. En caso de que las diferencias de opinión entre el Ecuador y los Estados Unidos no reuniesen las condiciones de una diferencia, la solicitud de arbitraje tendría que desestimarse por inadmisibile y el tribunal arbitral carecería de competencia.

1) El concepto de diferencia

a) Los términos del TBI

5. Con arreglo al artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT), un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin. De ahí que el punto de partida

debe ser el texto de la disposición que se debe interpretar. El pasaje pertinente del artículo VII(1) del TBI dispone:

“Toda diferencia entre las Partes concerniente a la interpretación o aplicación del presente Tratado que no se resuelva mediante consultas u otras vías diplomáticas, se presentará, a solicitud de cualquiera de las Partes, a un tribunal de arbitraje...”

Obviamente, el concepto clave en el artículo VII(1) del TBI es la palabra “diferencia”. Esa palabra ha cobrado un significado específico en la práctica internacional. Puede encontrarse prácticamente en todos los instrumentos internacionales que abordan la solución judicial o arbitral de las controversias jurídicas en las relaciones entre Estados u organismos internacionales. Toda vez que las partes en cuestión no hayan acordado normas especiales, se puede suponer con certeza que su deseo fue aceptar la connotación que suele tener el concepto de diferencia.

6. La Corte Mundial desempeñó un papel fundamental en la definición del concepto de diferencia. El primer pronunciamiento pertinente fue realizado, en 1924, por la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el caso *Mavrommatis Palestine Concessions*: “Una diferencia es un desacuerdo en torno a un punto de hecho o derecho, un conflicto de opiniones jurídicas o de intereses entre dos personas”.ⁱ La Corte Internacional de Justicia (CIJ), sucesora de la CPJI, ha referido de manera continua a esta proposición pero, en la práctica, la CIJ aplica el término diferencia de manera más limitada. Un conflicto de intereses no siempre alcanza el grado de intensidad necesario para que se considere una diferencia. En realidad, en una serie de fallos, la CIJ especificó que se deben pulir los criterios pertinentes. En particular, destacó que la reclamación por una parte debe contar con la oposición positiva de la otra.ⁱⁱ Parece oportuno mencionar el pasaje dedicado al tema por la CIJ en los

ⁱ Sentencia N° 2, 1924, CPJI, Serie A, N° 2, p. 11.

ⁱⁱ *Casos relativos al África Sudoccidental (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia c. Sudáfrica)* (excepciones preliminares), CIJ, 1962, 319, 328 (Fallo de 21 de diciembre); *Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva demanda: 2002) (República Democrática del Congo c. Rwanda)* (jurisdicción y admisibilidad), CIJ, 2006, 6, 40, p. 90 (Fallo de 3 de febrero); *Caso relativo a la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Rusia)* (excepciones preliminares), CIJ, 2011, p. 30 (Fallo de 1° de abril).

casos de *África Sudoccidental* dado que ese pasaje contiene, en pocas palabras, todos los ingredientes esenciales del concepto jurídico de una diferencia:

“...es insuficiente para una parte en un caso contencioso afirmar que existe una diferencia con la otra parte. Una mera afirmación no es más suficiente para probar la existencia de una diferencia que la mera negación de la existencia de la diferencia como prueba de su inexistencia. Tampoco basta mostrar que los intereses de las dos partes del caso están en conflicto”.ⁱⁱⁱ

7. En el caso relativo al *Camerún Septentrional*, donde la CIJ sostuvo que está en condiciones de pronunciar una sentencia, se emplearon otras formulaciones semejantes:

“solo en relación con casos concretos en los que, al momento del fallo, existe una controversia real que atañe a un conflicto de intereses jurídicos entre las partes. El fallo de la Corte debe tener ciertas consecuencias prácticas en el sentido que puede afectar a los derechos y las obligaciones legales”.^{iv}

En otras palabras, la jurisprudencia de la CIJ es totalmente congruente. Existe una diferencia de naturaleza jurídica solo si las partes están enfrentadas entre sí con referencia a una reclamación específica entablada por una parte en contra de la otra que se rechaza de alguna manera. Las divergencias sobre la interpretación de un texto jurídico, que no llevaron a dicha reclamación, permanecen a un nivel inferior de diferencias de opinión para el cual pueden ser apropiadas otras modalidades de solución.

8. Por consiguiente, existe una diferencia en particular cuando una parte culpa a la otra de haber cometido un acto internacional ilícito. En tales instancias, ambas partes tienen derecho a recurrir al tribunal de arbitraje que se dispone en el artículo VII del TBI. El Estado que considere que tiene una reclamación de reparación puede entablar un procedimiento de arbitraje para hacer valer esa reclamación; por otra parte, el Estado culpado de un acto ilícito debe gozar del derecho a defenderse de toda alegación de ilicitud. En este caso, no hay nada por el estilo. Ecuador considera que un tercero, un tribunal arbitral con arreglo al TBI, interpretó erróneamente el TBI. Dicha conclusión judicial

ⁱⁱⁱ Nota de pie de página 2 anterior.

^{iv} *Caso Relativo al Camerún Septentrional (el Camerún c. el Reino Unido)* (excepciones preliminares), CIJ, 1963, 15, 33-4 (Fallo de 2 de diciembre).

de un tribunal de arbitraje independiente no puede atribuirse a los Estados Unidos. Los Estados Unidos no aprobaron ni confirmaron la interpretación pertinente. La actividad judicial de los tribunales de arbitraje con arreglo al TBI es externa a su ámbito de influencia.

9. Asimismo, en la doctrina jurídica, prevalece la unanimidad ilimitada como característica de una diferencia para los fines de las cláusulas jurisdiccionales internacionales. De este modo, el autor de una monografía importante sobre el arreglo de diferencias internacionales, J.G. Merrills, describe una diferencia en los siguientes términos:

“Una diferencia puede definirse como un desacuerdo sobre una cuestión de hecho, derecho o política en el cual la reclamación o afirmación de una parte se encuentra con la negativa, la reconvencción o la denegación de la otra parte”.^v

En el Comentario sobre el Reglamento de la CIJ, al referirse al artículo 36 de ese instrumento, el autor de esta nota también destacó que una diferencia presupone opiniones encontradas: una parte debe presentar una reclamación jurídica que luego es rechazada por la otra parte.^{vi}

10. En consecuencia, una diferencia debe tener las siguientes características:

11. - Se debe haber formulado una reclamación. En el caso actual, el Ecuador solicitó a los Estados Unidos por medio de su carta del 8 de junio de 2010 que expresara su acuerdo con la interpretación del artículo II(7) del TBI. Se trató de un acto diplomático formal, cuyo contenido y propósito pueden identificarse de manera inequívoca. Si bien en la solicitud se utiliza el término “*respetuosamente*”, no está afectada por ninguna formulación diplomática de cortesía que podría dar lugar a dudas sobre la firmeza de voluntad del autor. Sin embargo, la solicitud del Ecuador no satisface los criterios de una reclamación como una condición previa para una diferencia. No se basa en

^v J.G. Merrills, *International Dispute Settlement* (Cambridge: Cambridge University Press, 2^a ed. 1993) 1.

^{vi} Christian Tomuschat, Comentarios sobre el artículo 36 del Reglamento de la CIJ, en: Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat y Karin Oellers-Frahm (eds.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2006) 597, nota al margen 9.

ningún fundamento jurídico ni tampoco especifica la razón por la que los Estados Unidos deban ofrecer una respuesta. Además, no alega que los Estados Unidos hayan actuado de manera incongruente con sus obligaciones según el tratado.

12. - El segundo criterio es que se formula el rechazo de la reclamación. Los Estados Unidos no adoptaron una postura frente a la solicitud a ellos dirigida. No se percibe rechazo alguno. El Gobierno de los Estados Unidos evitó dar una respuesta sustantiva. Según parece, simplemente no desean interferir con la interpretación del artículo II(7) por los tribunales de arbitraje que son llamados a tomar decisiones sobre la interpretación y la aplicación del TBI a solicitud de inversionistas privados que cuentan con el derecho de entablar un procedimiento arbitral al amparo del artículo VI del TBI. Según su opinión en este caso, los textos legales pertinentes deben ser encomendados a esos jueces. Por consiguiente, en el caso actual, no se satisface el segundo criterio determinante de una diferencia.

13. Conforme se indica en la solicitud del Ecuador de entablar un procedimiento arbitral (p. 7), “se solicitó una respuesta”. De este modo, el Ecuador supone que los Estados Unidos tenían la obligación jurídica de responder. Sin embargo, el Ecuador no logra demostrar que los Estados Unidos tenían la obligación de pronunciarse sobre la dificultad sustantiva de interpretar el artículo II(7) del TBI. El TBI no estipula tal obligación. Se limita a indicar en el artículo V que las Partes convienen “considerar cuestiones referentes a su interpretación o aplicación”. Conforme lo ponen de manifiesto los hechos subyacentes a las diferencias de opinión actuales entre los dos Estados, los Estados Unidos no se rehúsan a mantener un diálogo en términos generales sobre cualquier problema que surja al amparo del TBI. Pero no consideraron oportuno responder al tipo de ultimátum enviado por el Gobierno del Ecuador en el sentido de que deban aceptar su interpretación de la disposición.

14. Una solicitud que procure iniciar el diálogo sobre asuntos de interpretación o aplicación del TBI (artículo V) debería enmarcarse en otros términos. No puede una reclamación por la que se procure hacer cumplir un supuesto

derecho. Si el Ecuador hubiese deseado recurrir al artículo V del TBI en la nota dirigida a los Estados Unidos el 8 de junio de 2010, debería haberse referido explícitamente a ello, pero no lo hizo. En la nota, no se hace referencia alguna al artículo V del TBI. La redacción de la nota también demuestra que no se escogió la vía del artículo V del TBI. Con arreglo a este artículo, cada parte puede invitar a la otra a mantener conversaciones, consultas o diálogos sobre ciertos problemas que surjan en la práctica del TBI. Por el contrario, el Ecuador intentó emplear el artículo VII como mecanismo diseñado para permitir que una parte, de manera unilateral, imponga sus puntos de vista a la otra parte contratante. Por el contrario, el artículo V del TBI dispone la celebración de consultas y no ha sido concebido como recurso para reivindicar los derechos contenidos en el TBI.

15. En el derecho internacional general, un Estado Parte de un acuerdo internacional no está obligado a responder a preguntas formuladas por otro Estado Parte. La regla de *pacta sunt servanda* no comprende estos deberes auxiliares. Tampoco pueden derivarse del principio de *bona fides*. Como regla, las partes de un tratado regulan en detalle específico los procedimientos para la solución de toda diferencia o controversia que pueda surgir en el curso del tratado en cuestión. Este modelo se siguió también en el caso actual. En los artículos V y VII del BIT, las partes dispusieron, conforme a términos y condiciones diferentes, la solución de toda dificultad que previeron como eventualidad. Estas reglas constituyen, en todo caso, *leges speciales* junto a las cuales ninguna regla actual del derecho internacional general tendría razón de ser. El derecho internacional general ordena que las controversias se resuelvan por medios pacíficos (artículo 2(3) de la Carta de las Naciones Unidas),^{vii} y las modalidades para ese fin están establecidas en el artículo 33 de la Carta. Sin embargo, de manera deliberada, la Carta de las Naciones Unidas se limita a ocuparse de las controversias internacionales, que deben tener las características específicas descritas anteriormente. Las cuestiones de interpretación de los tratados bilaterales que no alcanzan el umbral de una controversia no son materia de preocupación universal.

^{vii} La obligación de solucionar las diferencias pacíficamente existe también en el derecho internacional general, véase CIJ, *caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. los Estados Unidos de América)* (fondo del asunto), CIJ, 1986, 14, 145, pág. 290 (Fallo de 27 de junio).

16. Ante la ausencia de la obligación de responder, el mero silencio no puede considerarse equivalente a un rechazo. A nivel internacional, otros Estados pueden formular muchas sugerencias a un gobierno. En la práctica diplomática, esto sucede a diario. Sin embargo, parte de la discreción soberana de un gobierno es elegir el tipo de respuesta que considera apropiada. Puede aceptar la sugerencia, desestimarla explícitamente pero también puede optar por no hacer nada y solo permanecer en silencio. Dicha opción deja el interrogante en suspenso. De ninguna manera puede interpretarse como un paso hacia el inicio de una controversia jurídica. En el caso reciente de *Georgia contra la Federación Rusa*, la CIJ destacó que la existencia de una controversia puede “inferirse a partir de la falta de respuesta de un Estado a una reclamación en circunstancias en las que se exige una respuesta”.^{viii} Las observaciones antes mencionadas dejaron en claro que no existía ninguna obligación jurídica de que el Gobierno de los Estados Unidos adoptara una postura en relación con la solicitud expresada en la carta del 8 de junio de 2010. Bien podría ser que en circunstancias extraordinarias una de las partes contratantes se viera obligada a responder a una pregunta que se le formule, incluso ante la imposibilidad de identificar una obligación jurídica. Sin embargo, el mero deseo de una de las partes no da lugar a dichas circunstancias extraordinarias. De cualquier modo, el gobierno al que se le hizo la solicitud tendría que haber contribuido a la situación que exige aclaración.

17. Más adelante se demostrará que no pueden identificarse otras causales que hubiesen llevado al Gobierno de los Estados Unidos a responder en términos explícitos a la solicitud del Ecuador. El solo hecho de que el Ecuador y los Estados Unidos sean las dos partes del TBI no obliga a ninguno de los dos a intervenir independiente ni conjuntamente de manera autoritativa cada vez que surja un problema en la interpretación y aplicación del TBI. Para solucionar estos problemas, se dispone la realización de consultas al amparo del artículo V. Sin embargo, el Ecuador desea ir mucho más allá de toda consulta; procura obtener una interpretación auténtica por acuerdo mutuo. Esta es una solicitud que deriva de un mecanismo que no se encuentra estipulado en el TBI. Por consiguiente, desde la lógica del TBI, el Gobierno de los Estados Unidos no

^{viii} Nota de pie de página 2.

tenía la obligación de aceptar ni rechazar la interpretación del Ecuador del artículo II(7) del TBI.

b) El contexto interno

18. Junto con el significado llano de las palabras, debe tomarse en cuenta el contexto interno de las disposiciones en cuestión. El artículo 31(1) de la CVDT dirige al intérprete explícitamente a los términos del tratado “en su contexto”. Al respecto, resulta de suma importancia que el artículo V del TBI, el cual debe leerse junto con el artículo VII, reconozca dos configuraciones, una al lado de la otra, cuidadosamente diferenciadas. Por un lado, el artículo V se refiere a “las diferencias que surjan en relación con el presente Tratado”; por otro lado, el artículo V, como ya se destacó, hace referencia a consultas “para considerar cuestiones de interpretación o aplicación”. En otras palabras, el artículo V reconoce que tal vez haya cuestiones generales que deban abordarse en consultas, y que son distintos a las “diferencias”. Por ende, tales asuntos carecen de la cualidad de “diferencias” dado que son de naturaleza general. Afectan ciertamente a los intereses de las partes. Pero el artículo V del TBI no los clasifica como diferencias, y claramente se adopta la postura de que las diferencias presuponen otras cualidades específicas de acuerdo con el uso general del término. Corresponde a los preceptos del artículo 31(1) de la CVDT interpretar un tratado de manera congruente, como parte de un todo integrado. En la medida en que el artículo V del TBI distingue entre diferencias y consultas sobre la interpretación del tratado, dicha distinción también debe aplicarse a la interpretación del artículo VII.

2) Diferencias que emanan del TBI

19. El artículo VII del TBI estipula que se aplica exclusivamente a toda diferencia “concerniente a la interpretación o aplicación del presente Tratado”. En otras palabras, el TBI mismo debe ser la base de la diferencia. Las Partes deben tener una diferencia sobre las consecuencias jurídicas que se deben inferir de una de las disposiciones del TBI. No se puede negar que el TBI es el antecedente de las diferencias actuales que llevaron al intento del Ecuador por entablar un procedimiento arbitral con arreglo al artículo VII. Sin embargo, la exigencia específica del Gobierno del Ecuador es diferente. El Gobierno procuró obtener, directamente con los Estados Unidos, otro acuerdo que

aclararía el alcance y el significado del artículo II(7) del TBI, con efecto vinculante. Es una solicitud que no puede derivar del TBI mismo. Todo acuerdo de este tipo por el que se defina el alcance y el significado del TBI, si bien guarda relación con el TBI, es un nuevo acuerdo internacional al que le corresponden sus propias fuentes de validez internacional. Un acuerdo de este tipo escapa al ámbito del artículo VII del TBI.

3) El contexto general sistémico

20. Más allá de la redacción de la disposición en cuestión y su ubicación en el contexto interno (como preámbulos y anexos), el artículo 31(2) de la CVDT exige que el intérprete considere las características esenciales (como todo otro acuerdo o instrumento que guarda relación con el tratado).

a) Diferencias jurídicas y opiniones consultivas

21. La esencia de la solicitud del Ecuador es presionar para obtener una interpretación abstracta del TBI, más allá de cualquier diferencia real entre las partes contratantes, a fin de aclarar el significado del artículo II(7) del TBI. Obviamente, todo acuerdo de este tipo entre el Ecuador y los Estados Unidos tendría un efecto vinculante *pro futuro* en el marco del artículo 31(3)(a) de la CVDT. En el sistema de derecho internacional, tales instrucciones generales determinantes para la interpretación correcta de un texto jurídico pueden obtenerse de una de dos maneras. O bien las partes de un acuerdo pueden celebrar un acuerdo interpretativo adicional que tendría la misma fuerza obligatoria que el tratado básico mismo, dado que aclararía el significado de ciertas disposiciones. O bien, en algunos sistemas institucionales, se puede solicitar una opinión consultiva en condiciones específicas, estrechamente limitadas en gran parte por los instrumentos pertinentes. De acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas (artículo 96) y el Reglamento de la CIJ (artículo 65), las opiniones consultivas pueden ser solicitadas únicamente por algunas de las instituciones de la Organización Mundial, en particular la Asamblea General y el Consejo de Seguridad. Los Estados Miembros de las Naciones Unidas individuales no tienen derecho a solicitar una opinión consultiva, a pesar del interés que puedan tener en estar informados de manera autoritativa sobre la interpretación correcta de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas que repercuten en gran medida en su soberanía nacional.

22. Ninguno de los dos canales institucionales que acabo de mencionar está presente en este contexto. Los Estados Unidos no identifican ningún motivo válido para celebrar un acuerdo interpretativo con el Ecuador. Conforme se indicó anteriormente, la celebración o no de un acuerdo de este tipo recae en las facultades soberanas de enmarcar su política exterior según lo considera apropiado. Por otra parte, el TBI no dispone un mecanismo por el cual podría solicitarse a un organismo específico que se pronuncie autoritativamente, o con efecto consultivo solamente, sobre problemas generales de interpretación. El Ecuador ahora procura superar el impasse institucional mediante un llamado a los Estados Unidos a suscribirse a su propia interpretación subjetiva de la cláusula pertinente. Así desea concebir un mecanismo específico no estipulado en el tratado mismo. Considera que en cualquier momento, cuando así lo considere necesario y adecuado, puede exigir que los Estados Unidos se pronuncien sobre la interpretación correcta de cualquiera de las disposiciones del TBI. Ni siquiera sostiene que su presunto poder de exigir tal interpretación autoritativa esté limitado por algún criterio objetivo. Simplemente desea poder proceder con sus deseos de aclaración por voluntad propia, independientemente de lo que hicieran los Estados Unidos por adoptar una postura en contrario. Con esta lógica, podría arrastrar a los Estados Unidos a un proceso arbitral al tenor de sus propias determinaciones políticas, sin consideración alguna de la práctica exhibida o respaldada por los Estados Unidos.

23. Lógicamente, una interpretación tan amplia del artículo VII del TBI no se corresponde con la estructura sistémica del tratado. Celebrar un procedimiento arbitral no puede ser un asunto sistemático, teniendo en cuenta también el costo considerable que conlleva. La cláusula arbitral sirve para solucionar las dificultades reales, donde las opiniones y los actos de las dos partes contratantes se encuentran en vía de colisión. El artículo VII del TBI se centra exclusivamente en la conducta de las partes contratantes. Cada una de ellas debe haber concebido una dificultad que requiere exploración y solución. Según se estableció anteriormente, los casos más obvios de hecho son instancias en las que las alegaciones de ilícitos son formuladas por una parte en contra de la otra. El artículo VII no fue concebido como una cláusula jurisdiccional que permita litigar cuestiones abstractas de interpretación del

tratado, de manera similar a un procedimiento consultivo. Las declaraciones sobre problemas de interpretación por un tribunal arbitral al amparo del artículo VI(3)(a) del TBI no pueden atribuirse a ninguna de las partes contratantes. Como tales, no pueden dar lugar a una diferencia según el artículo VII del TBI.

24. No fue accidentalmente que los redactores de los instrumentos internacionales se abstuvieron, en su gran mayoría, de insertar en esos instrumentos cláusulas que permitan solicitar interpretaciones autoritativas, con o sin efecto vinculante. La formulación de comentarios sobre el significado de disposiciones jurídicas *in abstracto* está cargada de riesgos considerables. Las instituciones a las que les compete formular opiniones raramente se encontrarán en condiciones de entender de manera acabada los efectos de las cláusulas en cuestión con respecto a cada uno de los casos individuales posiblemente dentro de su ámbito. El riesgo de un error o idea falsa es alto. Normalmente es el caso real actual que instruye a los jueces o a otras autoridades competentes sobre la verdadera importancia de escoger una u otra de las sugerencias de interpretaciones en pugna.

b) Apelación de los laudos arbitrales según el artículo VI del TBI

25. El Ecuador no oculta la motivación para presentar la solicitud dirigida a los Estados Unidos en su carta del 8 de junio de 2010. Afirma de manera completamente abierta que considera errónea la interpretación del artículo II(7) del TBI por el tribunal de arbitraje en el caso de *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company contra Ecuador*. Este no es el lugar para abordar esa disposición. Sin embargo, claramente el Ecuador desea colocar bajo control del gobierno a los tribunales de arbitraje que son responsables, al amparo del artículo VI(3) y (4) del TBI, de aplicar el TBI a las diferencias en materia de inversiones entre un inversionista y el país anfitrión. En sus escritos, negó tener tal intención.^{ix} No obstante, es claro que desea hacer valer cierta primacía de los poderes políticos al enmarcar al TBI en la jurisprudencia de los tribunales de arbitraje a los cuales, de hecho, se les confió la evolución del TBI. El Ecuador está convencido de que los “amos” del TBI, las dos Partes

^{ix} Transcripción de la conferencia preliminar, 21 de marzo de 2012, p. 15 (declaración del señor Reichler).

contratantes, deben tener la última palabra. Es verdad que, de todas formas, Ecuador y los Estados Unidos poseen el poder final de decisión con respecto al TBI. En cualquier momento pueden enmendar, suspender, rescindir o aclarar el significado del TBI. Todo ello solo es posible de común acuerdo. De cualquier manera, el TBI tiene plena confianza en los tribunales de arbitraje a los que les compete aplicar el tratado a las diferencias entre un inversionista y un Estado anfitrión. Siguiendo el modelo del CIADI, se abstuvo de establecer una apelación a un cuerpo judicial superior de segunda instancia. Ecuador desea deshacerse de este sistema. La finalidad perseguida con su solicitud a los Estados Unidos es colocar a los tribunales de arbitraje, con arreglo al artículo VI del TBI, bajo control gubernamental al elevar el procedimiento acogido en el artículo VII del TBI a la categoría de mecanismo de revisión, incluso cuando una de las Partes Contratantes, los Estados Unidos, no concuerda con tal reforma fundamental del TBI.

c) Las consecuencias del concepto del Ecuador

26. La postura adoptada y defendida por el Ecuador implicaría consecuencias de gran alcance también para otros tratados. En el caso corriente, el debate gira en torno a un tratado bilateral. Sin embargo, las inferencias lógicas no podrían limitarse a los acuerdos bilaterales, sino que también se extenderían a los instrumentos multilaterales. Una vez más, deberá recordarse que, según lo previsto en la tesis principal del Ecuador, los Estados Partes de un tratado deben asumir la función de garantes de ese tratado. Incluso en el caso de un tratado multilateral, cada Estado miembro tendrá el derecho, como corresponde, de requerir a todos los demás Estados Miembros que garanticen la aplicación correcta del tratado. Después de definir su propio punto de vista en torno a una cuestión controvertida, podría enviar una nota a esos otros Estados solicitándoles que acepten su interpretación específica, advirtiéndoles al mismo tiempo que el incumplimiento de su solicitud daría lugar a lo que podría conllevar un procedimiento arbitral. Los Estados tendrían así la oportunidad de “inventar” diferencias en consonancia con sus preferencias políticas, arrastrando así a los Estados a procedimientos arbitrales. En el caso de la Carta de las Naciones Unidas, esto podría significar que el Ecuador –o Ruritania– presione a cualquier otro Estado Miembro de la Organización Mundial con el propósito de denunciar la ampliación de los poderes del Consejo de Seguridad

como algo ajeno a la letra y el espíritu de la Carta. Ante el rechazo de esa solicitud, podría recurrir a cualquier cláusula jurisdiccional que satisfaga los requisitos del artículo 36 del Reglamento de la CIJ para entablar un caso ante la CIJ, culpando a la demandada de no emplear la debida diligencia para la defensa de la Carta.^x

27. No hay límites a las posibilidades defendidas por el Ecuador de engendrar diferencias que no tendrían ningún otro objeto mas que obtener una decisión autoritativa en la que se estipule el significado de la disposición de un tratado en instancias en las que aún no ha surgido una controversia real. Esta interpretación expansiva del concepto de diferencia conlleva riesgos y cargas incalculables. Cualquier Estado estaría expuesto al riesgo de ser demandado en situaciones en las que no hizo nada para contribuir a la falta de claridad del derecho y, así, la incertidumbre en el marco legal en cuestión. No se debe ignorar que los procedimientos arbitrales conllevan costos apreciables. Siempre que una diferencia se defina de la manera estipulada por la CIJ, las cláusulas para la solución de diferencias tienen la ventaja de la previsibilidad de los resultados posibles. Los Estados saben que si hacen valer o rechazan reclamaciones específicas a ellos dirigidas como las partes verdaderamente obligadas, la parte opuesta puede entablar un procedimiento. Sin embargo, no hay fundamento por el cual un Estado parte de un sistema de tratados deba hacerse responsable de ciertos acontecimientos a los cuales nada aportó, sino que son resultado simplemente del funcionamiento del sistema según fue concebido e implementado.

d) El principio de legalidad

28. En consonancia con el ideal del principio de legalidad, un precepto que corresponde a los elementos centrales del sistema de derecho internacional actual,^{xi} la interpretación de las normas jurídicas, una vez establecidas, debe ser confiada a los órganos judiciales, sin interferencia alguna de los órganos políticos. En muchos documentos internacionales se manifiesta la observancia de la comunidad internacional del principio de legalidad. Los órganos judiciales no deben ser supeditados al control político. Sus conclusiones no

^x A la fecha, el Ecuador evitó pronunciarse según el artículo 36(2) del Reglamento de la CIJ.

^{xi} Véase, en particular, Documento Final de la Cumbre Mundial, Resolución de la Asamblea General 60/1, 16 de septiembre de 2005, pág. 134.

pueden desestimarse tan pronto dejan de corresponderse con las expectativas albergadas al momento de formular las reglas en cuestión. Esto no le quita mérito al poder de las autoridades legislativas a las que les compete modificar la ley si llegan a la conclusión de que algunos pronunciamientos judiciales se equivocaron en el intento por identificar el verdadero significado de una regla judicial dada. Los jueces no son los amos del derecho que deben interpretar. Son meros sirvientes, obligados a hacer cumplir la voluntad democrática de los órganos legislativos responsables. Pueden tener la última palabra sobre los textos jurídicos en vigor, mas no la última palabra sobre las decisiones políticas por tomar.

29. Sin embargo, resulta superficial mencionar que modificar las normas jurídicas puede enfrentarse a dificultades considerables según la firmeza de una norma jurídica. Los tratados internacionales constituyen la forma del derecho menos flexible por razón de la proposición simple: *pacta sunt servanda*. Por su misma naturaleza, sus disposiciones están arraigadas. Si carecen de normas especiales sobre su modificación, los tratados solo pueden modificarse de acuerdo con el consentimiento de todas las partes en cuestión (artículo 39 CVDT). Tal vez sea difícil que una parte acepte que un tratado, en el proceso de su implementación por el poder judicial, tome giros inesperados y totalmente imprevistos. Se trata de un riesgo inherente en cualquier forma de regulación de una materia específica por medio de un tratado en la medida en que los procedimientos judiciales se tornan aplicables.^{xii} Si el tratado no contempla mecanismos apropiados, un Estado que está en desacuerdo con la evolución de la práctica judicial puede hacerse oír. Puede intentar persuadir a los otros Estados Parte de que celebren un acuerdo complementario. Finalmente, puede decidir denunciar el tratado si todos los pasos tomados son en vano, es decir si el tratado contiene una cláusula en tal sentido o puede ser

^{xii} Por este motivo, durante mucho tiempo, en Francia existieron procedimientos extraordinarios según los cuales la interpretación de los tratados era prerrogativa del Gobierno, véase Patrick Daillier, Mathias Forteau y Alain Pellet, *Droit international public* (París: LG.D.J., 8^o ed. 2009) 258-261, pág. 151. Esta práctica llegó a su fin con los requisitos del principio de legalidad, véase la sentencia *GISTI* del Conseil d'Etat, 29 de junio de 1990, *Recueil Lebon*, 171. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también rechazó esta práctica, negando al Gobierno el monopolio en la interpretación de los tratados internacionales, véase *Beaumartin contra Francia*, Solicitud N^o 15287/89, sentencia del 24 de noviembre de 1994, § 38: Toda vez que está en juego un derecho civil conforme al artículo 6(1) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, su interpretación y aplicación requiere una plena revisión judicial.

denunciado con arreglo al artículo 56 de la CVDT. Mas no puede unilateralmente, siempre que continúe siendo Estado Parte, revertir acontecimientos, mediante la imposición de sus propios puntos de vista si considera que las instituciones a cargo de la implementación real del tratado están siguiendo el rumbo equivocado.

30. Tal vez sea útil entender que hay problemas similares en todos los sistemas constitucionales en los que los jueces constituyen la última instancia autoritativa en asuntos de interpretación constitucional. Los antecedentes de la jurisprudencia constitucional están colmados de ejemplos en que los jueces respondieron de manera inesperada para todos y que, por lo mismo, crearon gran agitación antes de que se pudiese encontrar una solución práctica. Una vez más, es verdad que las sentencias de un tribunal constitucional no son la última palabra, en teoría. La primacía del *pouvoir constituant* de las personas sigue intacta. Sin embargo, las reglas que rigen las enmiendas constitucionales suelen ser tan complejas, por lo general, que todo esfuerzo por lanzar un proyecto de reforma constitucional sería condenado desde el comienzo mismo. En un régimen según el principio de legalidad, deben tolerarse tales dificultades. Los tribunales constitucionales no pueden disolverse porque algún pronunciamiento perturba inesperadamente la armonía política prevaleciente, causando dificultades de importancia. El respeto del principio de legalidad puede considerarse también como una actitud moral que, en el largo plazo al menos, fortalece la convicción general en las ventajas del cumplimiento estricto del derecho.

31. Indudablemente, debe admitirse que un tratado bilateral sobre la protección y la promoción recíproca de las inversiones no incorpora los mismos ideales elevados que un documento constitucional. Sin embargo, la lección clave continúa siendo la misma. Se debe obedecer la ley si bien en algunas instancias dicha obediencia exige ciertos sacrificios. A fin de evitar consecuencias insoportables, se cuenta con mecanismos de flexibilidad prácticamente en todas partes. No todos son ilimitadamente efectivos ni ofrecen soluciones correctivas a todos los problemas. Pero, por lo general, se puede asumir que los mecanismos pertinentes están bien pensados y que sus límites no son arbitrarios sino que se corresponden con las estructuras

inherentes del sistema de derecho internacional. En realidad, de manera inteligente, los autores del TBI decidieron limitar el método de solución de diferencias de opinión a los dos procedimientos establecidos en los artículos V y VII del TBI, y rechazaron cualquier otro procedimiento intermedio según el cual podrían generarse directrices interpretativas generales. Dicho mecanismo hubiese exigido la creación de un órgano supervisor permanente, institución que normalmente solo puede encontrarse en el marco de los tratados multilaterales en el que muchos actores deben mantenerse en orden.

4) El objeto y fin del TBI

32. Finalmente, debe recordarse que los tratados de protección de las inversiones que disponen el arbitraje entre inversionistas y sus Estados receptores fueron creados con la meta de aliviar la carga que tienen los Estados nacionales de los inversionistas de brindar protección diplomática en todas las instancias en que se alegue que los Estados receptores no hayan cumplido con sus deberes de respetar las inversiones realizadas en sus territorios. Las diferencias en torno a inversiones deben extraerse del contexto político y confiarse, en cambio, a árbitros independientes, cuyos pronunciamientos serán respetados por las partes contratantes. La solicitud del Ecuador ahora se aparta de ese lineamiento general. Al amparo del concepto propuesto por el Ecuador, los tribunales de arbitraje responsables perderían su responsabilidad de interpretar los TBI en cuestión. Todos los puntos polémicos se resolverían mediante acuerdo entre las partes en cuestión, a través de un proceso político. De hecho, esto es posible claramente pero no es el modelo concebido en el TBI. El TBI intenta despolitizar las controversias en torno a las inversiones marginando al Estado de origen del inversionista. Por el contrario, el Ecuador vuelve a poner en primer plano a las partes contratantes.

5) Conclusión

33. En resumen, el concepto de “diferencia” del Ecuador podría implicar graves consecuencias institucionales, con la reconfiguración de todo el sistema de solución de diferencias en materia de inversiones.

IV. Conclusión general

34. La solicitud del Ecuador dirigida a abrir la vía del artículo VII del TBI para el arbitraje sobre el significado del artículo II(7) del TBI escapa al ámbito del artículo VII del TBI por lo cual debe desestimarse.

Berlín, 24 de abril de 2012

Christian Tomuschat

Ex miembro del Comité de las Naciones Unidas de Derechos Humanos
Ex miembro y presidente de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho
Internacional