

## DOBLE O MÚLTIPLE NACIONALIDAD EN EL CONTEXTO DE LOS TBIS

en el caso

*Manuel García Armas,  
Pedro García Armas,  
Sebastián García Armas,  
Domingo García Armas,  
Manuel García Piñero,  
Margaret García Piñero,  
Domingo García Cámara,  
Carmen García Cámara*

c.

*La República Bolivariana de Venezuela  
(Caso CPA No. 2016-8)*

y

*Luis García Armas*

c.

*La República Bolivariana de Venezuela  
(Caso CIADI No. ARB(AF)/16/1)*

### **Caso García Armas**

#### **INFORME DE EXPERTO ADICIONAL**

1. En mi Informe de Experto titulado “Doble o múltiple nacionalidad en el contexto de los TBIs (con especial énfasis en el concepto de nacionalidad efectiva y dominante en relación con el TBI España / Venezuela de 1995) del 27 de marzo de 2017”,<sup>1</sup> extraje las siguientes conclusiones:

- “(i) A la luz del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, *no puede existir duda alguna* de que el artículo 1(1)(a) del TBI España/Venezuela no concede *ius standi* ante un tribunal arbitral a una persona con doble nacionalidad cuya nacionalidad dominante es aquella del Estado Demandado;
- (ii) En términos generales, el concepto de nacionalidad dominante y efectiva es aplicable en el contexto de un TBI no ‘a pesar de’ sino ‘debido a’ su naturaleza consuetudinaria;
- (iii) Esto es así porque el propio objeto y fin de los tratados de inversión es desarrollar y proteger inversiones *extranjeras*, no nacionales;
- (iv) No tengo duda alguna de que, en el caso que nos ocupa, los Demandantes carecen de legitimidad contra Venezuela, de la que evidentemente tienen la nacionalidad dominante”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> En lo sucesivo, “Informe Pellet”.

<sup>2</sup> Informe Pellet, párr. 68.

2. Los abogados representantes de la República de Venezuela me han informado que los Demandantes en el mismo caso presentaron conjuntamente con su Memorial de Contestación una Opinión Legal elaborada por el Profesor Christoph Schreuer,<sup>3</sup> la cual, en gran medida, tiene como objeto refutar mi Informe. Asimismo, los abogados representantes de la República de Venezuela me solicitaron la elaboración de un breve informe de respuesta, que en particular incluyera las siguientes cuestiones:

- La aplicación al caso del art. 32 de la CVDT, en especial con respecto al uso de los trabajos preparatorios y la (in)aplicabilidad en este caso en particular de los TBIs suscriptos por Venezuela con terceros Estados;
- la interacción entre los artículos 31 y 32 de la CVDT;
- los efectos para el presente caso del requisito de residencia contenido en los trabajos preparatorios;
- la utilidad de las normas sobre protección diplomática para la interpretación del TBI (referencia al art. 31(3)(c)); y
- la supuesta autonomía del derecho aplicable a los requisitos de jurisdicción y nacionalidad bajo el TBI.

3. El presente Informe ha sido elaborado en cumplimiento de dichas pautas, debiéndose destacar que solo he tenido acceso a los trabajos preparatorios del TBI que me fueron proporcionados por los abogados representantes de la República de Venezuela. Las conclusiones que extraigo en el presente informe son definitivas y se basan en un análisis exhaustivo de los hechos puestos en mi conocimiento y del derecho. Me centraré de forma sucesiva en la interpretación del TBI de 1995 con respecto a la definición de inversor extranjero a la luz de los artículos 31 y 32 de la CVDT (I.), y luego, más precisamente, en el rol de las normas sobre protección diplomática en la interpretación del TBI (II.).

## **I. INTERPRETACIÓN DEL TBI A LA LUZ DE LAS “REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE VIENA”**

4. El tratado bilateral de inversión celebrado entre España y Venezuela (en lo sucesivo, el “TBI” o el “TBI de 1995”) fue suscripto el 2 de noviembre de 1995. Entró en vigor entre dichos Estados el 10 de septiembre de 1997. En la actualidad, dicho instrumento constituye el objeto de una serie de diferencias entre Venezuela y ciertos inversores que han

---

<sup>3</sup> Christoph Schreuer, “Cuestiones de jurisdicción relativas a la nacionalidad”, Opinión Legal, 5 de julio de 2017 (en lo sucesivo, “Opinión de Schreuer”).

originado al menos tres procedimientos arbitrales que tramitan en distintos foros.<sup>4</sup> Una de las cuestiones principales se vincula con la interpretación del TBI en relación con aquellos inversores que formalmente poseen las nacionalidades de ambos Estados partes.

5. En este contexto, resulta necesario examinar detenidamente las reglas de interpretación definidas en los artículos 31 y 32 de la CVDT, las cuales son ampliamente aceptadas como parte integrante del derecho internacional consuetudinario.<sup>5</sup> Tal como fue señalado en mi anterior informe de experto, “[la] interpretación [basada en la regla general de interpretación del artículo 31 de la CVDT] despoja al significado de la expresión controvertida de cualquier ambigüedad u oscuridad y previene cualquier resultado manifiestamente absurdo o irrazonable; por ende, no es necesario recurrir a medios complementarios de interpretación tal como se prevé en el artículo 32”<sup>6</sup> (A.). Sin embargo, es posible recurrir a los medios complementarios a los fines confirmatorios (B.).

#### **A. La regla general de interpretación de los tratados: El artículo 31 de la CVDT**

---

<sup>4</sup> CNUDMI, *Serafín García Armas y Karina García Gruber c. Venezuela*, Caso CPA No. 2013-3 (notificación de arbitraje presentada el 9 de octubre de 2012); CNUDMI, *Manuel García Armas, Pedro García Armas, Sebastián García Armas, Domingo García Armas, Manuel García Piñero, Margaret García Piñero, Domingo García Cámara y Carmen García Cámara c. Venezuela*, Caso CPA No. 2016-08 (notificación de arbitraje presentada el 1 de junio 2015); Mecanismo Complementario del CIADI, *Luis García Armas c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/1 (caso registrado el 5 de mayo de 2016).

<sup>5</sup> CIJ, Fallo, 3 de febrero de 1994, *Controversia territorial (la Jamahiriya Árabe Libia/el Chad)*, *I.C.J. Reports 1994*, pág. 21, párr. 41; Objeción Preliminar, Fallo, 12 de diciembre de 1996, *Plataformas Petrolíferas (La República Islámica de Irán c. los Estados Unidos de América)*, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 812, párr. 23; Fallo, 13 de diciembre de 1999, *Isla Kasikili/Sedudu (Botsuana/Namibia)*, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1059, párr. 18; Fallo, 27 de junio de 2001, *LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América)*, *I.C.J. Reports 2001*, pág. 501, párr. 99; Fallo, 17 de diciembre de 2002, *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia/Malasia)*, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 645-646, párr. 37; Fallo, 4 de junio 2008, *Ciertas Cuestiones de Asistencia Mutua en Materia Penal (Djibouti c. Francia)*, *I.C.J. Reports 2008*, pág. 222, párr. 123; OMC, Informe del Órgano de Apelación, 24 de julio de 2001, *Estados Unidos – Medidas antidumping sobre determinados productos de acero laminado en caliente procedente del Japón*, caso AB/2001/2, doc. WT/DS184/AB/R, párr. 57; OMC, Informe del Órgano de Apelación, 28 de noviembre de 2002, *Estados Unidos – Derechos compensatorios sobre determinados productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Alemania*, caso AB-2002-4, doc. WT/DS213/AB/R, párr. 61; OMC, Informe del Órgano de Apelación, 7 de abril de 2005, *Estados Unidos – Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, caso AB/2005/1, doc. WT/DS285/AB/R, párr. 160; CNUDMI, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 8 de septiembre de 2006, *Mytilineos Holdings SA c. La Unión Estatal de Serbia y Montenegro y República de Serbia*, pág. 24, párr. 98; CNUDMI, Laudo, 28 de enero de 2008, *Ganaderos Canadienses por el Comercio Justo c. Estados Unidos de América*, párr. 46; CIADI, Decisión sobre Jurisdicción, 9 de noviembre de 2004, *Salini Costruttori S.A. e Italstrade S.A. c. Jordania*, Caso CIADI N.º ARB/02/13, párr. 75; CIADI, Jurisdicción y Admisibilidad, Laudo, 8 de febrero de 2013, *Ambiente Ufficio S.A. y otros c. Argentina*, Caso N.º ARB/08/9, párr. 600; CIADI, Laudo, 2 de julio de 2013, *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkmenistán*, Caso CIADI N.º ARB/10/1, párr. 6.4; CIADI, Laudo, 11 de diciembre de 2013, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. y S.C. Multipack S.R.L. c. Rumania*, Caso CIADI N.º ARB/05/20, párr. 503. Ver también por ej.: G. Guillaume, “The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators”, *Journal of International Dispute Settlement* (2011/1), pág. 21; O. Dörr, K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Springer, Heidelberg, 2012), pág. 524.

<sup>6</sup> Informe Pellet, párr. 36.

6. A modo de recordatorio, el artículo 31 de la CVDT dispone lo siguiente:

“Artículo 31. REGLA GENERAL DE INTERPRETACIÓN

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 éstos 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 norma 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.”

7. De acuerdo con el Profesor Schreuer, el TBI efectivamente amplía la protección a los inversores que poseen la nacionalidad de ambos Estados contratantes.<sup>7</sup> En su opinión, el tratado estableció una *lex specialis* a las reglas de derecho internacional general y el mismo debería interpretarse de forma independiente de dichas reglas generales. Al adoptar esta postura, el Profesor Schreuer sigue una interpretación textual o literal que (i) tergiversa el sentido corriente de los términos en contradicción con su significado natural y claro; y (ii) aísla el sentido corriente de los términos de otros elementos de la regla general, tal como el contexto y el objeto y fin del TBI y las normas pertinentes de derecho internacional aplicables en las relaciones entre las partes. El análisis del Profesor Schreuer no solo pasa por alto parte del propio texto del artículo I(1)(a) del TBI sino que también ignora los antecedentes generales de derecho internacional y cualquier elemento de interpretación que se encuentre

---

<sup>7</sup> Opinión de Schreuer, párrs. 48-49, 92.

más allá del texto. Todos los elementos del artículo 31 de la CVDT distintos del supuesto sentido corriente de los términos quedan descartados o indebidamente minimizados. La correcta aplicación de los distintos elementos de la regla general de interpretación exige la adopción de un enfoque holístico y tiene como resultado un significado de la noción de inversor dentro del sentido del TBI de 1995 que resulta totalmente opuesto al planteado por el Profesor Schreuer.

## 1. Sentido corriente de los términos

8. El artículo I(1)(a) del TBI de 1995 define el término “inversor” como “[p]ersonas físicas que tengan la nacionalidad de una de las Partes Contratantes con arreglo a su legislación y realicen inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante”. El análisis de los términos de este artículo de acuerdo con su sentido corriente da lugar a un resultado claro, inequívoco y razonable. En mi opinión, incluso si el artículo I(1)(a) del TBI de 1995 es aislado de su contexto y no se tiene en cuenta el objeto y fin del TBI, el texto del artículo I(1)(a) no se presta de modo alguno a una interpretación en la dirección señalada por el Profesor Schreuer. De hecho, dicho artículo exige que el inversor, de ser una persona física, “tenga[...] la nacionalidad de una de las Partes Contratantes”, *pero* —y plantea aquí una condición esencial— también exige que dicho individuo realice “inversiones en el territorio *de la otra* Parte Contratante”, *no* en el territorio de la Parte Contratante cuya nacionalidad ostenta. El sentido corriente de las expresiones “una de las Partes Contratantes [...] la otra Parte Contratante” conlleva la exclusión mutua de estas dos categorías conceptuales.

9. Dicha interpretación queda confirmada cuando se recurre al conocido principio *Expressio unius est exclusio alterius*: en base a este principio, los términos “Personas físicas que tengan la nacionalidad de una de las Partes Contratantes con arreglo a su legislación y realicen inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante” solo pueden interpretarse en el sentido de excluir a los doble nacionales. La utilización de este principio ha sido confirmada por distintos tribunales.<sup>8</sup> Otras decisiones rechazaron la aplicación del principio,

---

<sup>8</sup> Ver por ej.: CPJI, Opinión Consultiva del 15 de octubre de 1931, *Tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia*, Serie A/B, N.º 42, pág. 121; CIJ, Opinión Consultiva, 28 de mayo de 1948, *Admisión de un Estado a las Naciones Unidas (Carta, art. 4)*, *I.C.J. Reports 1948*, págs. 62-63, y opinión disidente de los Jueces Basdevant, Winiarski, Sir Arnold McNair y Read, pág. 86; CIJ, Opinión Consultiva (procedimiento), *Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuidad de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África sudoriental) pese a lo dispuesto en la resolución 276 (1970)*, *C.I.J. Escritos*, correspondencia, vol. II, El Secretario al Profesor Reisman, 6 de noviembre de 1970, págs. 638-639; CIADI, Decisión sobre jurisdicción, 29 de abril de 2004,

pero lo hicieron dado que el resultado de dicha aplicación era incompatible con el contexto o con las intenciones probables de las partes.<sup>9</sup>

## 2. Relación entre el sentido corriente y los demás elementos de la regla general

10. Además de sugerir una interpretación poco natural del sentido corriente de los términos del artículo I(1)(a), la Opinión del Profesor Schreuer restringe de manera excesiva la interpretación del tratado a una interpretación literal o textual de sus disposiciones sin tomar en cuenta los demás elementos previstos por las reglas de Viena sobre la interpretación de los tratados.<sup>10</sup> No solo resulta claro el sentido corriente de los términos, sino que la aplicación de la regla general de interpretación de Viena tomada en su conjunto tampoco deja lugar a ambigüedad alguna. Resulta esencial destacar que el análisis del sentido corriente de los términos no es separable del contexto y del objeto y fin del tratado.<sup>11</sup>

11. Contrariamente a lo afirmado por el Profesor Schreuer, el sentido corriente no constituye “el único requisito”<sup>12</sup> de la “Regla general de interpretación” enunciada en el artículo 31, de la cual los distintos elementos forman un todo indivisible. Sólo se trata de un primer paso. Tal como fuera establecido por el Tribunal Arbitral en el caso relativo a la *Auditoría de cuentas entre Países Bajos y Francia*:

---

*Tokios Tokelès c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/02/18, párr. 30; CIADI, Laudo, 30 de abril de 2004, *Waste Management c. México*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/3, párr. 85; CIADI, Decisión sobre jurisdicción, 16 de mayo de 2010, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/17, párr. 56; CNUDMI, Decisión sobre jurisdicción, 20 de junio de 2006, *National Grid c. Argentina*, párr. 82.

<sup>9</sup> CIADI, Decisión sobre jurisdicción, 14 de enero de 2004, *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, párr. 46; CIADI, Decisión sobre jurisdicción, 3 de agosto de 2004, *Siemens A.G. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, párr. 140.

<sup>10</sup> Opinión de Schreuer, párrs. 50-53, 102.

<sup>11</sup> CPJI, Opinión Consultiva del 12 de agosto de 1922, *Competencia de la OIT para la reglamentación internacional de las condiciones de trabajo de las personas empleadas en tareas agrícolas*, serie B, N.º 2, pág. 22; CIJ, Opinión Consultiva, 3 de marzo de 1950, *Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado a las Naciones Unidas*, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 8; Objeciones Preliminares, Fallo, 21 de diciembre de 1962, *África sudoriental*, *I.C.J. Reports 1962*, pág. 336; Fallo, 12 de noviembre de 1991, *Laudo arbitral del 31 de julio de 1989 (Guinea-Bissau c. Senegal)*, *I.C.J. Reports 1991*, págs. 69-70, párr. 48; Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, Decisión, 19 de diciembre de 2000, *Banco de la Reserva Federal de Nueva York c. Irán, Bank Markazi Irán*, Caso A 28, 36 *Iran-US Claims Tribunal Reports 5*, párr 58; OMC, Informe del Órgano de Apelación, 21 de diciembre de 2009, *China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, caso AB-2009-3, doc. WT/DS363/AB/R, párr. 399. Ver también: P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, 8a edición (L.G.D.J., Paris, 2009), pág. 284, párr. 169-1-b.

<sup>12</sup> Opinión de Schreuer, párr. 50 y siguientes, en los que rechaza la mayoría de los elementos de los artículos 31 y 32 por considerarlos irrelevantes en el presente caso.

“El Tribunal considera que esta regla debería tomarse como parte de un todo integral, cuyos elementos constitutivos no pueden separarse. (...) Todos los elementos de la regla general de interpretación otorgan una base para la determinación de la voluntad e intención común de las partes a través de medios objetivos y racionales”.<sup>13</sup>

12. Ello queda confirmado por el hecho de que todos los elementos del artículo 31, párrafo 1, se encuentran mencionados juntos en el mismo nivel en una única oración. Asimismo, durante el transcurso de la preparación del Proyecto de artículos que luego serviría de base para la negociación de la Convención de Viena, la Comisión de Derecho Internacional (“CDI”) insistió en que el tratado debía interpretarse como un todo y que la interpretación del texto no debía reducirse a un análisis de sus términos meramente gramatical basado en la sintaxis.<sup>14</sup> Por lo tanto, los distintos elementos que constituyen la regla general deben aplicarse en conjunto, sin exclusiones ni jerarquías entre ellos. Dichos elementos no deben seccionarse o seleccionarse en su aplicación, a riesgo de generar lo que el Profesor Gardiner correctamente critica como una “excesiva molecularización” de las reglas de Viena.<sup>15</sup>

13. En otras palabras, el contexto de los términos del artículo 1(1)(a) del TBI España/Venezuela y el objeto y fin del Tratado no constituyen elementos complementarios de dichos términos que solo pueden ser utilizados si el sentido corriente de los términos no da lugar a una interpretación clara<sup>16</sup>. Los mismos no tienen una función limitada a esclarecer la interpretación de un sentido oscuro o absurdo del texto llano (lo cual es la función de los medios complementarios del artículo 32). En lugar de ello, el contexto y el objeto y fin deben aplicarse en todos los casos en conjunción con el sentido corriente de los términos, con

---

<sup>13</sup> CPA, Laudo, 12 de marzo de 2004, *Caso relativo a la auditoría de cuentas entre el Reino de los Países Bajos y la República Francesa conforme al Protocolo adicional del 25 de septiembre de 1991 a la Convención sobre la Protección del Rin contra la contaminación por Cloruros del 3 de diciembre de 1976*, párr. 62, traducción libre, el original en francés dice: “Le Tribunal considère que cette règle doit être envisagée comme formant un tout intégré, dont les éléments constitutifs ne peuvent être séparés. (...) Tous les éléments de la règle générale de l’interprétation sont à la base d’une recherche objective et rationnelle qui permet d’établir l’intention et la volonté communes des parties.”

<sup>14</sup> CDI, Tercer Informe sobre el Derecho de los Tratados, por Sir Humphrey Waldock. Relator Especial. *Anuario de la CDI, 1964*, vol. II, págs. 54–55; observaciones del Sr. Amado, *Anuario de la CDI, 1964*, vol. I, pág. 277, párr. 28. Ver también O. Dörr, K. Schmalenbach (eds), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Springer, Berlin/Heidelberg, 2012), pág. 543; R.K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2ª edición (Oxford University Press, 2015), pág. 165.

<sup>15</sup> R.K. Gardiner, *ibid.*, págs. 161-162; ver también P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, 8ª edición (L.G.D.J., París, 2009), pág. 284, párr. 169: “les différents moyens d’interprétation sont interdépendants” [“los distintos medios de interpretación son interdependientes”].

<sup>16</sup> En este sentido, ver Cámara de Apelaciones de París, Fallo del 25 de abril de 2017, *República Bolivariana de Venezuela c. Serafin García Armas y Karina García Gruber*, Caso N.º 15/01040, sala 1, cámara 1, pág. 6, el cual sorpresivamente parece integrar la disposición del artículo 31(3)(c) de la CVDT a los medios complementarios de interpretación sólo cuando el sentido del tratado es oscuro o ambiguo. No adhiero a este criterio inusual de interpretación de los tratados.

independencia del hecho de que este último sea claro o no. Tal como lo señalé con anterioridad, esto ha sido respaldado por la jurisprudencia.<sup>17</sup>

14. La decisión sobre jurisdicción del 15 de diciembre de 2014 en el caso *Serafín García Armas* case establece:

“El breve resumen anterior respecto del origen de los TBIs permite concluir que se trata de un instrumento especial, vigente únicamente entre las partes que lo celebran, que no está sujeto a la aplicación del derecho internacional consuetudinario”<sup>18</sup>

15. En realidad, ello (en parte) podría ser el caso de todos los tratados, no solo de los TBIs. Sin embargo, el hecho de que un tratado sea *lex specialis* no impide la aplicación de las reglas de derecho internacional general junto con la aplicación del tratado, en la medida en que las mismas no resulten incompatibles con la *lex specialis* creada por el tratado.<sup>19</sup> El derecho internacional consuetudinario exige la aplicación de la regla de Viena o de las reglas de interpretación a la interpretación de un tratado. Por lo tanto, la aplicación de dichas reglas no depende de que la interpretación textual sea supuestamente poco clara, dado que ello reduciría las reglas de Viena únicamente al artículo 31(1) de la CVDT. En cambio, el derecho internacional exige la aplicación de todo el conjunto de las reglas de Viena (el artículo 31 en su totalidad y el artículo 32 en la medida de que la interpretación del artículo 31 lo requiera o lo permita).

16. Resulta inusual interpretar las reglas de Viena como condiciones importadas que “añad[en] contenido al TBI y por consiguiente cambia[n] su significado”.<sup>20</sup> Por el contrario, las disposiciones de un tratado deben interpretarse teniendo en cuenta todos los elementos de la regla general contenida en el artículo 31 (y, dependiendo de la interpretación que se obtenga, también puede recurrirse a los medios complementarios estipulados en el artículo 32). Por lo tanto, una interpretación puramente textual o gramatical de una

---

<sup>17</sup> Ver párrs. 10-12 y notas al pie 11 y 13 más arriba; ver también: CIJ, Fallo, 20 de julio de 1989, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*, I.C.J. Reports 1989, pág. 42, párr. 50.

<sup>18</sup> CNUDMI, Decisión sobre jurisdicción, 15 de diciembre de 2014, *Serafín García Armas y Karina García Gruber c. Venezuela*, Caso CPA No. 2013-3, párr. 154.

<sup>19</sup> Ello es así con respecto a las reglas de derecho internacional general relativas al *jus dispositivum*. La excepción está dada por las normas de *ius cogens*, que no admiten acuerdo en contrario por medio de tratados. Ver artículo 53 de la CVDT, como así también el trabajo en curso de la CDI sobre el tema de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*): Segundo Informe sobre *jus cogens* de Dire Tladi, Relator Especial, 16 de marzo de 2017, A/CN.4/706, párr. 60, e Informe Provisional del Comité de Redacción, 26 de julio de 2017, pág. 10 (proyecto de conclusión 3). La excepción de *ius cogens* no resulta relevante en el presente caso.

<sup>20</sup> Opinión de Schreuer, párr. 50.

disposición aislada de su contexto y del objeto y fin del tratado, y que a su vez ignora otros elementos de la regla general de interpretación de tratados, generará probablemente distorsiones en el sentido y dará lugar a una revisión no autorizada del tratado.

### 3. Contexto

17. De acuerdo con los párrafos 1 y 2 del artículo 31 de la CVDT, el sentido corriente de los términos debe analizarse en el contexto del tratado, y no de forma aislada.

18. El sentido corriente de un término no puede considerarse en abstracto. El Relator Especial de la CDI, Sir Humphrey Waldock, advirtió: “el sentido natural y ordinario de los términos no debe determinarse en abstracto sino teniendo en cuenta el contexto en que aparecen”.<sup>21</sup> El sentido de un término siempre se ve afectado, aunque sea levemente, por el contexto del término, es decir, su posición en la oración, la puntuación, la gramática, la sintaxis y las disposiciones similares estipuladas en otros artículos.

19. Cuando del análisis literal de un término o expresión resulta que el mismo puede tener más de un sentido, la evaluación del contexto inmediato (sintaxis, gramática) constituirá un primer paso para esclarecer el sentido correcto. La CIJ procedió de este modo en la *Controversia sobre Fronteras Terrestres, Insulares y Marítimas (El Salvador/Honduras: intervención de Nicaragua)* cuando afirmó:

“No existen dudas de que el verbo ‘*determine*’ en inglés (y, de acuerdo con lo informado a la Cámara el verbo ‘*determinar*’ en español) puede ser empleado para transmitir la idea del establecimiento de límites, de modo tal que, si se lo aplica directamente a los ‘espacios marítimos’ podría considerarse que el ‘sentido corriente’ incluye la delimitación de dichos espacios. Sin embargo, el término debe interpretarse en su contexto; el objeto del verbo ‘*determinar*’ no son los espacios marítimos en sí mismos sino su situación jurídica. Por lo tanto, no puede derivarse del presente texto tal como se encuentra redactado ninguna indicación de una intención común de obtener una delimitación por parte de la Cámara”.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> *Anuario de la CDI; 1964*, vol. II, pág. 55.

<sup>22</sup> CIJ, Fallo, 11 de septiembre de 1992, *Controversia sobre Fronteras Terrestres, Insulares y Marítimas (El Salvador/Honduras: intervención de Nicaragua)*, I.C.J. Reports 1992, pág. 583, párr. 373 (traducción libre). La Corte amplió este razonamiento al contexto más general que incluía otros acuerdos entre las partes (pág. 583, párr. 374). Ver también R.K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2ª edición (Oxford University Press, 2015), pág. 199.

20. En sentido concordante, en el caso *Canadá – Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, el Órgano de Apelación de la OMC interpretó el término ‘beneficio’ analizando su articulación lógica con el término ‘subsidio’ y recurrió a la deducción lógica cuando se encontró con el silencio del texto en relación con el vínculo entre el ‘costo para el gobierno’ y el término ‘subsidio’.<sup>23</sup>

21. Al tomar en consideración el contexto, “el sentido de una oración puede ser más que el de las palabras por separado, del mismo modo que una melodía es más que las notas, y ningún grado de particularidad puede eludir el acudir al contexto en el que se encuentran y el cual todas crean de manera colectiva”.<sup>24</sup> Es cierto que no resulta aceptable proponer una interpretación que no surja del texto o que equivalga a modificarlo. Tampoco es aceptable recurrir a la costumbre general, el uso o las reglas aceptadas de derecho internacional general para proponer una interpretación *contra textum*. Sin embargo, a fin de interpretar el tratado (yendo más allá del texto del mismo), el sentido de una oración puede verse esclarecido o respaldado por otras partes del texto, es decir, por el contexto. Tal como lo recordó el Tribunal Arbitral en el caso *Abyei*,<sup>25</sup> una disposición de un tratado no puede interpretarse de forma aislada del resto del tratado, el cual debe abordarse como un todo.

22. Dicha consideración resulta esclarecedora cuando se la aplica al artículo I(1)(a) del TBI. El sentido principal de dicha disposición se encuentra en la distinción entre un

---

<sup>23</sup> OMC, Informe del Órgano de Apelación, 2 de agosto de 1999, *Canadá – Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, caso AB-1999-2, doc. WT/DS70/AB/R, párrs 155-156. Ver también CIJ, Objeciones Preliminares, Fallo, 22 de julio de 1952, Caso *Anglo-Iranian Oil Co. (Reino Unido c. Irán)*, I.C.J. Reports 1952, pág. 104; CIJ, Objeción Preliminar, Fallo, 12 de diciembre de 1996, *Plataformas Petrolíferas (La República Islámica de Irán c. los Estados Unidos de América)*, I.C.J. Reports 1996, pág. 815, párr. 31; CIADI, Laudo, 22 de junio de 2017, *Capital Financial Holding Luxembourg SA c. Camerún*, Caso CIADI N.º ARB/15/18, párr. 190.

<sup>24</sup> R.K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2ª edición (Oxford University Press, 2015), pág. 164 (traducción libre).

<sup>25</sup> CPA, Laudo Definitivo, 22 de julio de 2009, *Arbitraje relativo a la delimitación del Área de Abyei entre el Gobierno de Sudán y el Movimiento/Ejército de Liberación del Pueblo de Sudán*, Caso CPA N.º 2008-07, párrs. 415, 495, 496 (al nivel de los artículos del tratado). Ver también CIJ, Opinión Consultiva, 3 de marzo de 1950, *Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado a las Naciones Unidas*, I.C.J. Reports 1950, pág. 8 (con relación a la importancia del contexto); Comisión de reclamaciones mexicano–americana, *Rogelio c Bolivia*, informado en J.H. Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals*, 1926, N.º 88, 69: “no es correcto dividir la unidad de un acto jurídico, sosteniendo la eficacia de algunas de sus cláusulas y la ineficacia de otras” (traducción libre); OMC, Informe del Grupo Especial, 20 de diciembre de 2007, *Estados Unidos – Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México*, WT/DS344/R, párr. 6.16 (en donde se concluye que el objeto y fin a los que se hace referencia en el artículo 31(1) de la CVDT se relacionan con el del tratado como un todo); OMC, Informe del Órgano de Apelación, 4 de febrero de 2009, *Estados Unidos – Continuación de la existencia y aplicación de la metodología de reducción a cero*, caso AB-2008-11, doc. WT/DS350/AB/R, párr. 268. Ver también *Anuario de la CDI, 1968*, vol. II, pág. 55, párr. 12 (el principio de integración como unos de los principios de interpretación de los tratados articulado por Sir Gerald Fitzmaurice en base a la jurisprudencia de la CIJ).

inversor *de una de las Partes Contratantes* y una inversión realizada *en la otra Parte Contratante*. Esta relación dinámica implica una distinción en términos de categorías: inversor / inversión, una de las Partes Contratantes / la otra Parte Contratante. De hecho, la disposición sólo puede resultar operativa si esas cuatro categorías jurídicas conservan su distinción conceptual. Cualquier superposición entre las mismas dejaría sin efecto el sentido de otras disposiciones y restringiría de manera indebida el *effet utile* de la disposición o incluso la privaría de todo *effet utile*.

23. En particular, el *quid pro quo* materializado por la inversión extranjera (la cual contribuye al ingreso de capitales en la economía del Estado receptor a cambio del derecho a interponer un reclamo contra dicho Estado ante un foro internacional y del beneficio que otorga la protección del tratado de inversión) pone de relieve la relación crucial entre los términos “inversión” e “inversor”. El artículo I(1)(2) del TBI define el término “inversiones” como “todo tipo de activos, invertidos por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante [...]”. Por lo tanto, una inversión no es meramente un activo o un derecho de propiedad del inversor de una de las partes contratantes en el territorio del Estado receptor. En su lugar, tal como lo destacó la Cámara de Apelaciones de París en su Fallo emitido en 2017 en el caso *Serafin García Armas*, una inversión es “*un actif ‘investi’ par un investisseur de l’autre Partie contractante – ce qui renvoie nécessairement à une condition de nationalité de l’investisseur à la date de l’investissement*” [“un activo ‘invertido’ por un inversor de la otra Parte contratante, lo cual necesariamente se refiere a una condición de nacionalidad del inversor a la fecha de la inversión”].<sup>26</sup>

24. En el presente caso, el contexto también determina que las frases “personas físicas que tengan la nacionalidad de una de las Partes Contratantes” y “realicen inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante” contenidas en el artículo I(1)(a) no pueden interpretarse de forma aislada no sólo una de la otra sino también de las demás disposiciones del TBI, de modo tal de dotar a cada miembro de la oración del máximo alcance posible de acuerdo con el contexto. Una interpretación puramente textual e individual de cada miembro

---

<sup>26</sup> Cámara de Apelaciones de París, Fallo del 25 de abril de 2017, *República Bolivariana de Venezuela c. Serafin García Armas y Karina García Gruber*, Caso N.º 15/01040, sala 1, cámara 1, pág. 8. Sin embargo, estoy en desacuerdo con el criterio general adoptado por la Cámara en este fallo con respecto a la interpretación de tratados, el cual tiende a compartir la interpretación literal de los Demandantes y el Profesor Schreuer sin tomar en consideración las reglas de Viena relevantes.

de la oración crearía un conflicto directo entre estos dos miembros y frustraría el objeto y fin del TBI.

25. Distintos elementos del contexto del artículo I(1)(a) del TBI indican que la inclusión de los doble nacionales que tengan la nacionalidad del Estado de inversión en el ámbito de protección ofrecida por el tratado resultaría irrazonable o incompatible con otras disposiciones:

- Por ejemplo, la definición de inversor como persona jurídica (artículo 1(b)) y la definición de inversiones (artículo 2) lógicamente excluyen que el término definido se vincule a ambos Estados partes. Estos elementos contextuales indicarían que debería aplicarse el mismo criterio con respecto a la definición de inversor como persona física (artículo I(1)(a)) por motivos de coherencia, dado que ambas categorías de inversores (personas físicas y jurídicas) se encuentran sujetas a las disposiciones legales comunes del TBI.
- Para citar otro ejemplo, el artículo II(3) dispone que “[e]l presente Acuerdo se aplicará también a las inversiones efectuadas antes de la entrada en vigor del mismo por los inversores de una Parte Contratante conforme a las disposiciones legales de la otra Parte Contratante en el territorio de esta última. No se aplicará a las controversias sobre hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor”. Resulta difícil comprender la razón por la cual las partes incluyeron dicha disposición (y el efecto de la misma) si se asume que el TBI se aplica también a los doble nacionales, dado que es una tautología afirmar que la legislación de un Estado se aplica a los nacionales de ese Estado.
- En sentido concordante, el artículo III(1) dispone que “[c]ada Parte Contratante otorgará plena protección y seguridad conforme al Derecho Internacional a las inversiones efectuadas en su territorio por inversores de la otra Parte Contratante”. Una vez más, resulta difícil comprender el motivo por el cual el derecho internacional (en contraposición al derecho interno) proveería una base para la protección por parte de un Estado de las inversiones realizadas por un nacional de este Estado dentro del mismo. Lo mismo se aplica al artículo IV(1).
- Asimismo, resulta de difícil comprensión el motivo para incluir el artículo III(3) del TBI (“Cada Parte Contratante se esforzará igualmente por otorgar, cada vez que sea necesario, las autorizaciones requeridas en relación con las actividades de consultores

o expertos contratados por inversores de la otra Parte Contratante”) cuando el inversor es nacional del Estado de inversión. Otros ejemplos en el mismo sentido incluyen:

- Artículo IV(2) (tratamiento de la inversión) : es tautológico cuando se aplica a los nacionales del Estado de inversión.
- Artículo VI (compensación por pérdidas): es tautológico cuando se aplica a los nacionales del Estado de inversión.
- Artículo VII(1)(a): si se aplica a los nacionales del Estado de inversión, dicha disposición posiblemente constituiría una autorización para la evasión impositiva (salvo la existencia de regímenes convencionales específicos; sin embargo, sería de esperar que se hiciera al menos mención de esta situación excepcional, lo cual no se verifica en el caso).
- Artículo VII(5): cabe realizar consideraciones similares al punto anterior. En general, la autorización de transferencias de rentas de inversión fuera del Estado de inversión parece difícil de concebir cuando el inversor es nacional del Estado de inversión (al menos sin la existencia de cláusulas de protección específicas adicionales).
- Artículo VIII (condiciones más favorables): el fundamento de dicha cláusula parecería perder sentido cuando se trata de individuos que poseen la nacionalidad del Estado de inversión, dado que precisamente dichos individuos se encuentran sujetos al derecho interno del Estado de inversión.
- Artículo XI (Controversias entre una Parte Contratante e inversores de la otra Parte Contratante): no dispone el agotamiento de los recursos judiciales internos, lo cual permite al inversor recurrir al arbitraje sin ningún otro prerequisite procesal que los previstos en el TBI. En este caso el recurso a las jurisdicciones internas es posterior a la negociación y constituye solo una posibilidad alternativa al arbitraje internacional. Por oposición, los nacionales de un Estado tienen la obligación de agotar los recursos judiciales internos y no poseen legitimación para iniciar acciones contra su propio Estado ante un órgano judicial internacional.

26. Ampliando uno de estos elementos, y a pesar de la crítica del Profesor Schreuer relativa al Artículo IV del TBI de 1995 sobre tratamiento nacional,<sup>27</sup> las razones por las cuales dicha disposición no podría aplicarse a inversores que poseen la nacionalidad del Estado de inversión conjuntamente con otra nacionalidad es que dichos inversores ya se encuentran

---

<sup>27</sup> Opinión de Schreuer, párrs. 74-75.

beneficiados por el tratamiento nacional según las leyes del Estado. En consecuencia, dicha cláusula carecería de sentido o sería tautológica cuando el inversor tiene la nacionalidad del Estado de inversión. Una cláusula no debería interpretarse de modo tal que su sentido se torne redundante o carezca de utilidad.<sup>28</sup> Contrariamente a lo sostenido por el Profesor Schreuer, la discriminación en términos de remedios legales no se “basa[] en la presunción de que los inversores extranjeros no tienen acceso a los recursos legales locales”.<sup>29</sup> En cambio, la razón radica en que “los foros nacionales e internacionales estarían abiertos a [ciertos nacionales del Estado de inversión], cuando [otros nacionales de dicho Estado] sólo podrían recurrir a foros nacionales cuando se trate de la solución de controversias relativas a inversiones”.<sup>30</sup>

27. Los riesgos de incompatibilidad entre términos o disposiciones dentro del tratado pueden resultar herramientas útiles de interpretación como parte del contexto. En la *Controversia sobre Fronteras Terrestres, Insulares y Marítimas (El Salvador/Honduras: intervención de Nicaragua)* la CIJ recurrió a la distinción entre los términos “delimitar” y “determinar” contenidos en el tratado en cuestión como así también en un acuerdo relacionado a fin de esclarecer el sentido.<sup>31</sup> Dicho método resulta de utilidad en el presente caso a fin de esclarecer la relación entre el grupo de palabras “[p]ersonas físicas que tengan la nacionalidad de una de las Partes Contratantes” y “realicen inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante” (artículo I(1)(a) del TBI). La lógica textual resulta importante en este caso a fin de dotar de un sentido coherente a la oración como un todo.<sup>32</sup>

28. Como elemento adicional del contexto, el mismo título del TBI enfatiza el objeto y fin del tratado, que se refiere a la “promoción y protección *recíproca* de inversiones” entre los dos Estados partes. En el caso de las *Plataformas Petrolíferas*, la CIJ recurrió al título del Tratado de 1955 a fin de esclarecer el alcance del Tratado y de algunas de sus disposiciones.<sup>33</sup> En sentido concordante, en el presente caso, el término “recíprocas” indica un intercambio simétrico y mutuo de acciones similares. El énfasis sobre los beneficios mutuos

---

<sup>28</sup> Informe Pellet, párrs. 26-28; ver también párrs. 22 y 25 más arriba, y 43 a 46 a continuación.

<sup>29</sup> Opinión de Schreuer, párr. 77.

<sup>30</sup> Informe Pellet, párr. 29.

<sup>31</sup> CIJ, Fallo, 11 de septiembre de 1992, *Controversia sobre Fronteras Terrestres, Insulares y Marítimas (El Salvador/Honduras: intervención de Nicaragua)*, I.C.J. Reports 1992, pág. 583, párr. 374.

<sup>32</sup> CIJ, Fallo, 13 de julio de 2009, *Controversia relativa a Derechos de Navegación y Derechos Relacionados (Costa Rica c. Nicaragua)*, I.C.J. Reports 2009, pág. 238, párr. 52, también citado en O. Dörr, K. Schmalenbach (eds), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Springer, Berlin/Heidelberg, 2012), págs. 544-545.

<sup>33</sup> CIJ, Objeción Preliminar, Fallo, 12 de diciembre de 1996, *Plataformas Petrolíferas (La República Islámica de Irán c. los Estados Unidos de América)*, I.C.J. Reports 1996, pág. 819, párr. 47.

también se evidencia en el Tratado de Amistad celebrado en 1990 entre las Partes (artículos 3(d), 7(a), 8, etc.), el cual invoca asimismo la “igualdad jurídica de los Estados” en su preámbulo.<sup>34</sup> Ello excluye las inversiones realizadas en una de las Partes Contratantes por un nacional de dicha Parte Contratante.

29. Huelga decir que las consideraciones precedentes cobran aún mayor fuerza cuando la nacionalidad dominante del inversor es la del Estado receptor.<sup>35</sup> De hecho, en ese caso, la persona física es, a todos los fines y antes que nada, un ciudadano del Estado receptor.

#### **4. Objeto y fin del Tratado**

30. Tal como fuera destacado en mi informe anterior, “el propio objeto y fin de los tratados de inversión es desarrollar y proteger inversiones extranjeras, no nacionales”.<sup>36</sup> El Profesor Schreuer no parece estar en desacuerdo con esta afirmación,<sup>37</sup> la cual ha sido confirmada por distintas fuentes.

31. Tal como lo destacó el Sr. Karl Sauvant en su informe de experto del 27 de marzo de 2017 presentado en este caso:

“Desde la perspectiva de los Estados receptores, por lo tanto (en este caso en particular, Venezuela), la única razón más importante para proteger las inversiones entrantes a través de la celebración de TBIs fue y es atraer el ingreso de dichas inversiones extranjeras a sus economías para que las ayude a progresar en su crecimientos y desarrollo económicos. De ese modo, los TBIs complementan los esfuerzos nacionales de los Estados (en especial a través de sus APIs [agencias de promoción de inversiones]) para atraer inversiones, así como los esfuerzos de organizaciones internacionales que asisten a las instituciones internas en este sentido –constituyen una herramienta adicional para estimular el flujo transfronterizo de recursos a las economías receptoras”.<sup>38</sup>

32. Concordantemente, en el caso *Capital Financial Holding Luxembourg SA c. Camerún*, el Tribunal arbitral determinó:

---

<sup>34</sup> Tratado General de Cooperación y Amistad entre el Reino de España y la República de Venezuela del 7 de junio de 1990, preámbulo, *U.N.T.S.*, vol. 1686 (1992), pág. 126.

<sup>35</sup> Sobre la cuestión de la nacionalidad dominante, ver párr. 70 y siguientes a continuación.

<sup>36</sup> Informe Pellet, párr. 68.

<sup>37</sup> Opinión de Schreuer, párr. 57.

<sup>38</sup> Informe de Experto de Karl P. Sauvant, 27 de marzo de 2017, párr. 15.

“[l]e but du traité comme celui de la Convention CIRDI et, plus largement, du droit international de l’investissement est en effet d’assurer la promotion et la protection des investissements étrangers” “[e]l fin del tratado, como así también el del Convenio CIADI y, de manera más general, el del derecho internacional de las inversiones, es de hecho garantizar la promoción y protección de las inversiones *extranjeras*”].<sup>39</sup>

33. Efectivamente, la protección de las inversiones *extranjeras* es el objeto y fin del TBI de 1995. Conuerdo con el Profesor Schreuer en que el preámbulo del TBI puede proveer indicios útiles sobre el objeto y fin del tratado. Sin embargo, no es la única ni la “principal fuente” a ser tomada en consideración.<sup>40</sup> De todos modos, en el presente caso, el preámbulo del TBI dispone en el segundo párrafo: “[d]eseando intensificar la cooperación económica en beneficio recíproco de ambos países”. El énfasis está puesto en el beneficio *recíproco* de las Partes. Dicho beneficio recíproco carecería de sentido si se tomaran en consideración las inversiones realizadas en un país por los nacionales de ese país. El beneficio recíproco solo resulta posible cuando existe una relación con un elemento externo entre un Estado y los inversores que realizan inversiones en él. Este elemento internacional quedaría anulado si el inversor tuviera la nacionalidad del Estado receptor. En consecuencia, la protección de los inversores y las inversiones extranjeras resulta claramente incompatible con la ampliación de la protección del TBI a los doble nacionales que poseen la nacionalidad del Estado receptor (y ello es aún más claro cuando dicha nacionalidad es dominante).<sup>41</sup>

34. La aplicación del TBI a las inversiones nacionales afectaría el objeto mismo de cualquier TBI y del derecho internacional de las inversiones de manera más general. Colocaría al estado receptor en una desventaja comparativa y crearía asimismo una forma de discriminación contra los inversores nacionales que no ostenten la doble nacionalidad. El objetivo de proteger la inversión extranjera, por ejemplo mediante un TBI, consiste en compensar la desventaja comparativa que existe para los extranjeros en cuanto a la protección jurídica y los recursos judiciales de los que gozarían sin la existencia del TBI en comparación con los nacionales del Estado receptor. Ello se verifica en particular cuando las leyes y reglamentaciones internas establecen condiciones restrictivas para los extranjeros, como es bastante frecuente, incluso en el caso de gobiernos liberales. En estos casos, la promoción y creación de condiciones favorables para la inversión extranjera supone el alivio de los

---

<sup>39</sup> CIADI, Laudo, 22 de junio de 2017, *Capital Financial Holding Luxembourg SA c. Camerún*, Caso CIADI N.º ARB/15/18, párr. 195 (traducción libre – énfasis en el texto original).

<sup>40</sup> Opinión de Schreuer, párr. 52, basándose en decisiones arbitrales que no respaldan esta aseveración.

<sup>41</sup> El Profesor Schreuer no coincide con este criterio: ver Opinión de Schreuer, párrs. 55-58.

mencionados posibles obstáculos, los cuales no existen para los nacionales del Estado receptor.

35. Asimismo, el TBI protege la posibilidad de que los inversores extranjeros exporten las utilidades y el producido de sus inversiones, lo cual podría verse de otro modo arbitrariamente impedido por el Estado receptor (ello forma parte de los principios de protección de la inversión junto con otros tales como el principio de trato justo y equitativo).<sup>42</sup> Por lo tanto, la protección ofrecida por el TBI queda privada de todo sentido si se aplica a inversores que poseen la nacionalidad (y ello es aún más claro en el caso de la nacionalidad dominante) del Estado receptor.

36. La *raison d'être* de cualquier TBI (proteger las inversiones *extranjeras*) como así también el lenguaje de los artículos I(1)(a) y I(2) y de los demás artículos analizados con anterioridad<sup>43</sup> sugieren que el silencio del TBI con respecto al tratamiento de los doble nacionales no equivale a presumir la protección del TBI, sino todo lo contrario.<sup>44</sup>

37. Tal como lo sugiere la jurisprudencia<sup>45</sup> y como lo demuestro a continuación,<sup>46</sup> podría verificarse una posible excepción a la falta de protección de los doble nacionales bajo un TBI desde la perspectiva del objeto y fin del tratado cuando el inversor como doble nacional posee la nacionalidad del Estado de inversión pero dicha nacionalidad no es dominante. Tal como señala correctamente el Profesor Douglas:

“Gran parte de las inversiones que se realizan en las economías emergentes de los países en desarrollo proviene de individuos que son inmigrantes de esos países y que han adquirido su riqueza en otro lugar. Dichos individuos por lo general retienen la nacionalidad de su país de nacimiento además de la nacionalidad del país de adopción. En la medida en que la nacionalidad del país de adopción sea la nacionalidad dominante de las dos, en el sentido de que el individuo mantiene lazos personales más

---

<sup>42</sup> P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, 8ª edición (L.G.D.J., Paris, 2009), pág. 1216, párr. 643.

<sup>43</sup> Ver párr. 25 más arriba.

<sup>44</sup> Ver Informe Pellet, Parte I, párr. 4 y siguientes.

<sup>45</sup> Comisión de conciliación italo-americana, caso *Florence Strusky-Mergé* – Decisión N.º 55, 10 de junio de 1955 (Estados Unidos c. Italia), *R.I.A.A.*, vol. XIV, pág. 236; Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, Decisión, 29 de marzo de 1983, *Nasser Esphahanian c. Bank Tejarat*, caso N.º 31-157-2, 2 *Iran-U.S. C.T.R.* 157, pág. 166; Decisión, 29 de marzo de 1983, *Ataollah Golpira c. Irán*, caso N.º 32-211-2, 2 *Iran-U.S. C.T.R.* 171; Decisión, 29 de marzo de 1983, *Paridokht Kohan Haroonian c. Irán*, caso N.º 33-418-2, 2 *Iran-U.S. C.T.R.* 226; Decisión, 6 de abril de 1984, Caso N.º *A/18* (Irán c. Estados Unidos), 5 *Iran-U.S. C.T.R.* 251; laudo interlocutorio N.º ITL 68-193-3, 23 de junio de 1988, *Reza Said Malek c. Irán*, Caso N.º 193, 19 *Iran-U.S. C.T.R.* 48; Laudo N.º 474-268-1, 14 de marzo de 1990, *Schott c. Irán*, 24 *Iran-U.S. C.T.R.* 203, pág. 218.

<sup>46</sup> Ver párrs. 70-73 a continuación.

sólidos con aquel país que con el país de nacimiento, no existe una imperiosa consideración de un principio que impida a dicho individuo realizar inversiones en el país de nacimiento en base al correspondiente tratado de inversión”.<sup>47</sup>

38. Sin embargo, en el presente caso, al menos de acuerdo con la Declaración Escrita de Venezuela,<sup>48</sup> dicha situación no se verifica<sup>49</sup>. La nacionalidad dominante de los inversores, aquella de Venezuela, es la nacionalidad del Estado de inversión. En consecuencia, se puede afirmar con toda seguridad que los inversores no pueden beneficiarse de la protección del TBI. Cualquier conclusión en contrario resultaría incompatible con el objeto y fin de los TBIs en general y del TBI de 1995 en particular.

39. En suma, teniendo en cuenta el objeto y fin del TBI de 1995, la única conclusión razonable es que la disposición del artículo I(1)(a) debería interpretarse, en ausencia de lenguaje explícito a tal efecto, en el sentido de excluir a los doble nacionales y, al menos, en el caso de los doble nacionales, a las personas físicas que poseen la nacionalidad dominante del Estado de inversión.

## 5. Artículo 31(3)(c)

40. Además del contexto, el artículo 31(3) de la CVDT dispone que se deben tomar en cuenta otros elementos al momento de aplicar la regla general de interpretación. En particular, el artículo 31(3)(c) se refiere a “[t]oda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Tal como lo observa el Profesor Sands, dicha disposición “parece ser la única herramienta disponible bajo el derecho internacional para construir un derecho internacional general mediante la conciliación de normas provenientes de tratados y de la costumbre en diferentes áreas temáticas”.<sup>50</sup> Esta disposición fue invocada por la Demandada en el caso *Serafín García Armas*;<sup>51</sup> sin embargo, no fue aceptada como

---

<sup>47</sup> Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press, 2009), págs. 321-322 (comentario a la Regla 37).

<sup>48</sup> Ver por ej. Declaración Escrita de Venezuela, 30 de mayo de 2016, párr. 74.

<sup>49</sup> Sin embargo, mi entendimiento es que Luis García Armas, el único demandante en el caso del Mecanismo Complementario del CIADI, nunca ha sido nacional de Venezuela. El argumento sobre jurisdicción *ratione personae* en el caso *Luis García Armas* no se basa en la doble nacionalidad sino en la doctrina de los actos propios (*estoppel*), dado que Luis García Armas se encontraba registrado (a pedido suyo) como inversor nacional venezolano en los archivos de la SIEX, el organismo que reglamenta y controla la inversión extranjera.

<sup>50</sup> P. Sands, ‘Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law’, 1(1) *Yale Human Rights and Development Journal* (1998), pág. 87 (traducción libre).

<sup>51</sup> CNUDMI, Decisión sobre jurisdicción, 15 de diciembre de 2014, *Serafín García Armas y Karina García Gruber c. Venezuela*, Caso CPA N.º 2013-3, párr. 107.

pertinente por el Tribunal Arbitral, el cual no examinó de manera sustancial la pertinencia del artículo 31(3)(c) y rechazó el argumento al decidir sumariamente que:

“si bien el APPRI dispone en su artículo XI(4) que deberán aplicarse al procedimiento: ‘b) Las reglas y principios de Derecho Internacional’, sus términos son específicos y se convierten en la fuente primaria de su interpretación. Es necesario recurrir al derecho internacional únicamente cuando la letra del Tratado no es suficientemente clara para su interpretación”.<sup>52</sup>

41. Sin embargo, a pesar de ser invocado en raras ocasiones, este medio de interpretación forma parte de la regla general y puede resultar ser una herramienta útil para resolver cuestiones de interpretación tales como la que se presenta en este caso. Desde mi punto de vista, la Opinión del Profesor Schreuer sugiere una interpretación errada de esta disposición.<sup>53</sup> El efecto de la misma no es alterar el texto del tratado sino conciliar su sentido con los principios del derecho internacional general. A ese fin, una disposición de un tratado no debe interpretarse de forma aislada de otras reglas de derecho internacional general.<sup>54</sup> Dicha regla de interpretación solo habrá de descartarse si la disposición del tratado no puede conciliarse con la regla de derecho internacional general. En este contexto, resulta difícil afirmar, como lo hace el Profesor Schreuer,<sup>55</sup> que recurrir al derecho internacional consuetudinario para interpretar las disposiciones incompletas o los silencios en un tratado constituye una modificación no autorizada de dicho tratado.

42. De acuerdo con R. Dolzer y M. Stevens, en ausencia de disposiciones en el tratado, se aplicarían los principios y reglas generales de derecho internacional, de acuerdo con los cuales, regiría la nacionalidad “efectiva” del individuo.<sup>56</sup> En este contexto, deben tomarse en cuenta los principios y reglas generales de derecho internacional para interpretar las disposiciones imprecisas, tal como lo exige el artículo 31(3)(c) de la CVDT. Sin embargo, en el caso *Waste Management* el Tribunal arbitral determinó que las restricciones establecidas en el texto “con precisión y detalle” no pueden ser dejadas de lado mediante la importación de reglas de derecho internacional externas al tratado.<sup>57</sup> No obstante, ello no se verifica en el

---

<sup>52</sup> *Ibid.*, párr. 157.

<sup>53</sup> Opinión de Schreuer, párr. 50.

<sup>54</sup> CIJ, Fallo, 6 de noviembre de 2003, *Plataformas Petrolíferas (La República Islámica de Irán c. los Estados Unidos de América)*, I.C.J. Reports 2003, págs. 181-183, párrs. 39-42.

<sup>55</sup> Opinión de Schreuer, párr. 71.

<sup>56</sup> R. Dolzer y M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1995), en 34 (citado en *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*, OCDE, 2008, pág. 14).

<sup>57</sup> CIADI, laudo, 30 de abril de 2004, *Waste Management c. México*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/3, párr. 85.

presente caso, en el que el artículo 1(1)(a) del TBI es de carácter general y no contempla la situación de los doble nacionales. En este caso, se debe recurrir al derecho internacional, el cual confirma la interpretación más natural de los términos empleados en la disposición.<sup>58</sup>

## 6. Principio de efectividad (“*effet utile*”)

43. La regla general de interpretación del artículo 31 de la CVDT no impide acudir a distintas máximas de interpretación, entre las cuales la máxima latina *ut res magis valeat quam pereat* (o principio de interpretación efectiva) adquiere un rol preponderante y es aceptada como uno de los principios centrales de la interpretación de tratados.<sup>59</sup> De acuerdo con dicho principio, se debe dar preferencia a “una interpretación que otorgue a un término un cierto sentido en lugar de ninguno”.<sup>60</sup> La CIJ consideró este principio como implícito en el principio de interpretación de buena fe, de allí su ausencia en el texto final de la CVDT.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> Ver Parte II, párr. **Error! No se encuentra el origen de la referencia.** y siguientes a continuación.

<sup>59</sup> CPJI, Orden del 19 de Agosto de 1929, *Zonas libres del Alto Savoy y el Distrito de Gex*, Serie A, N.º 22, pág. 13; CIJ, Fondo, Fallo, 9 de abril de 1949, *Canal de Corfú (Reino Unido c. Albania)*, I.C.J. Reports 1949, pág. 24; Opinión Consultiva, 18 de julio de 1950, *Interpretación de Tratados de Paz (segunda fase)*, I.C.J. Reports 1950, pág. 229; Fallo, 3 de febrero de 1994, *Controversia territorial (la Jamahiriya Árabe Libia/el Chad)*, I.C.J. Reports 1994, pág. 25, párr. 51. Ver también CPJI, Fallo, 30 de Agosto de 1924, *Concesiones palestinas de Mavrommatis*, Serie A, N.º 2, pág. 34; CIJ, Objeciones Preliminares, Fallo, 22 de julio de 1952, *Caso de la Anglo-Iranian Oil Co. (Reino Unido c. Irán)*, I.C.J. Reports 1952, pág. 105; Opinión Consultiva, 8 de junio de 1960, *Constitución del Comité de Seguridad Marítima de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental*, I.C.J. Reports 1960, pág. 160; Fondo, Fallo, 3 de febrero de 1994, *Controversia territorial (la Jamahiriya Árabe Libia/el Chad)*, I.C.J. Reports 1994, pág. 23, párr. 47; Jurisdicción de la Corte, Fallo, 4 de diciembre de 1998, *Competencia en materia de pesquerías (España c. Canadá)*, I.C.J. Reports 1998, pág. 455, párr. 52; CIJ, Objeciones Preliminares, Fallo, 1 de abril de 2011, *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación Rusa)*, I.C.J. Reports 2011, págs. 125-126, párrs. 133-134; OMC, Informe del Órgano de Apelación, 4 de octubre de 1996, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, caso AB-1996-2, doc. WT/DS8, 10 & 11/AB/R, pág. 12; OMC, Informe del Órgano de Apelación, 14 de diciembre de 1999, *Corea – Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos*, caso AB-1999-8, doc. WT/DS98/AB/R, pág. 24, párrs. 80-81; OMC, Informe del Órgano de Apelación, 14 de diciembre de 1999, *Argentina – Medidas de salvaguardia sobre importaciones de calzado*, caso AB-1999-7, doc. WT/DS121/AB/R, pág. 27, párr. 88; Laudo, 17 de julio de 1986, *Pesca con red en el Golfo de San Lorenzo entre Canadá y Francia*, R.I.A.A., vol. XIX, pág. 243, párr. 30; Decisión, 21 de octubre de 1994, *Caso relativo a una diferencia de límites entre Argentina y Chile relativa a la línea fronteriza entre el puesto fronterizo 62 y el Monte Fitzroy*, R.I.A.A., vol. XXII, pág. 25, párr. 72; CIADI, Laudo Definitivo, 27 de junio de 1990, *Asian Agricultural Products LTD. (AAPL) c. República de Sri Lanka*, Caso CIADI N.º ARB/87/3, párr. 40 (Regla E). Ver también *Anuario de la CDI, 1966*, vol. II, págs. 218-219.

<sup>60</sup> R.K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2ª edición (Oxford University Press, 2015), pág. 179 (traducción libre).

<sup>61</sup> CDI, Tercer Informe sobre el Derecho de los Tratados, por Sir Humphrey Waldock, Relator Especial, *Anuario de la CDI, 1964*, vol. II, pág. 60, párr. 27, y pág. 61, párr. 29, donde el Relator Especial plantea razones para dudar si incluir el principio de interpretación “efectiva” entre las reglas generales; debate de la Comisión sobre la cuestión: *Anuario de la CDI, 1964*, vol. I, pág. 290, párr. 106; *Anuario de la CDI, 1966*, vol. II, pág. 219. Ver también: R.K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2ª edición (Oxford University Press, 2015), págs. 168-172 y 179.

44. El principio de efectividad tiene como objeto garantizar la realización del objeto y fin del tratado.<sup>62</sup> Como fue señalado de manera esclarecedora por la CIJ en el caso de la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación Rusa)*,

“es razonable que si, como cuestión de hecho, se ha resuelto una diferencia, ya la misma ha dejado de serlo. Por lo tanto, si la frase ‘que no se haya resuelto’ debe interpretarse en el sentido de exigir solo que la diferencia presentada ante la Corte deba existir de hecho, la frase carecería de toda utilidad. Del mismo modo, la opción expresa de dos modos de solución de diferencias, a saber, negociaciones o el recurso a los procedimientos especiales ante el CERD, sugiere una obligación afirmativa de recurrir a los mismos antes de presentar el caso ante la Corte. De otro modo, su inclusión en el texto del artículo 22 carecería de sentido y no se derivarían consecuencias jurídicas de ellos, contrariamente al principio que establece que debería darse a las palabras el efecto apropiado siempre que ello sea posible”.<sup>63</sup>

45. En el caso de *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio determinó: “[e]l intérprete no tiene libertad para adoptar una lectura que haga inútiles o redundantes cláusulas o párrafos enteros de un tratado”.<sup>64</sup>

46. En el presente caso, el artículo I(1)(a) del TBI de 1995 no resultaría efectivo si fuera interpretado en el sentido de incluir a los doble nacionales de ambos Estados Contratantes. En particular, para emplear los términos del artículo I(1)(a), un doble nacional no podría “reali[zar] inversiones en el territorio *de la otra* Parte Contratante” dado que en realidad el inversor estaría realizando inversiones *en su propio* Estado. Por lo demás, como ya se ha observado en el presente informe,<sup>65</sup> interpretar el artículo I(1)(a) en el sentido de incluir a los doble nacionales que poseen la nacionalidad dominante del Estado de inversión también

---

<sup>62</sup> Ver por ej. CIJ, Fondo, Fallo, 9 de abril de 1949, *Caso del Canal de Corfú (Reino Unido c. Albania)*, I.C.J. Reports 1949, pág. 24; OMC, Informe del Órgano de Apelación, 13 de octubre de 1999, *Canadá – Medidas que afectan a la importación de leche y a las exportaciones de productos lácteos*, WT/DS103-DS/113/AB/R, párr. 133; CIADI, laudo, 27 de junio de 1990, *Asian Agricultural Products Ltd c. Sri Lanka*, ARB/87/3, párr. 40 (regla E); CIADI, laudo, 12 de octubre de 2005, *Noble Ventures, Inc. c. Rumania*, ARB/01/11, párr. 50. Ver también: R.K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2ª edición (Oxford University Press, 2015), pág. 221.

<sup>63</sup> CIJ, Excepciones Preliminares, Fallo, 1 de abril de 2011, *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación Rusa)*, I.C.J. Reports 2011, pág. 126, párr. 134.

<sup>64</sup> OMC, Informe del Órgano de Apelación, 29 de abril de 1996, *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, caso AB-1996-1, doc. WT/DS2/AB/R, pág. 27. Ver también Informe del Grupo Especial, 3 de mayo de 2002, *Chile – Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas*, WT/DS207/R, párr. 7.71.

<sup>65</sup> Ver párr. 25 más arriba.

privaría de efecto a otras disposiciones del TBI, en absoluta contradicción con el principio de efectividad.

## **B. Medios de interpretación complementarios (artículo 32 de la CVDT)**

47. Tal como lo he señalado con anterioridad,<sup>66</sup> la conclusión de mi anterior Informe de Experto fue que la interpretación del TBI de 1995 con respecto a la cuestión de la doble nacionalidad bajo la regla general de interpretación de los tratados consagrada en el artículo 31 de la CVDT daba lugar a un sentido claro e inequívoco y que no resultaba necesario acudir a los medios complementarios del artículo 32 de la CVDT. Sin embargo, en dichas circunstancias, aún es posible acudir al artículo 32 como medio para confirmar el sentido obtenido a partir de la regla general.<sup>67</sup>

48. El artículo 32 de la CVDT dispone:

### *“Artículo 32. MEDIOS DE INTERPRETACIÓN COMPLEMENTARIOS*

Se podrá 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”.

49. Los medios complementarios mencionados en esta disposición reflejan el vínculo necesario que existe entre el tratado (como expresión de la voluntad de las partes) y las circunstancias de su celebración (el hecho de un tratado se desarrolla en un medio social).<sup>68</sup> Los medios de interpretación complementarios incluyen los trabajos preparatorios, como así también, de manera más general, las circunstancias de la celebración.<sup>69</sup> Su utilización solo queda habilitada para el intérprete (i) a fin de confirmar la interpretación

---

<sup>66</sup> Ver párr. 5 más arriba.

<sup>67</sup> Ver también CIJ, Fallo, 3 de febrero de 1994, *Controversia territorial (la Jamahiriya Árabe Libia/el Chad)*, *I.C.J. Reports 1994*, págs. 27-28, párr. 55.

<sup>68</sup> P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, 8ª edición (L.G.D.J., París, 2009), pág. 286, párr. 169-1-c.

<sup>69</sup> Artículo 32 de la CVDT; CIJ, Fallo, 3 de febrero de 1994, *Controversia territorial (la Jamahiriya Árabe Libia/ el Chad)*, *I.C.J. Reports 1994*, pág. 22, párr. 41; R.K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2ª edición (Oxford University Press, 2015), pág. 347 y siguientes.

obtenida mediante la aplicación de la regla general; o (ii) cuando la aplicación de la regla general conduce a un resultado ambiguo o manifiestamente absurdo o irrazonable.

50. El Profesor Schreuer intenta minimizar la importancia de la intención de las partes al clasificar este elemento como parte de un “enfoque subjetivo” que se opondría a un “enfoque objetivo”.<sup>70</sup> Este modo de presentar la cuestión enmascara el verdadero rol de la intención en la interpretación de un tratado. La consideración de la intención de las partes no constituye un método importado ni un “elemento independiente”<sup>71</sup> completamente desvinculado del texto del tratado. Por el contrario, la consideración de la intención de las partes, lo cual incluye la utilización de los trabajos preparatorios, constituye un elemento fundamental del artículo 32 de la CVDT y complementa la regla general enunciada en el artículo 31. En otras palabras, ambas disposiciones van de la mano.

51. Si bien el Profesor Schreuer afirma que “la referencia a la supuesta voluntad de las partes en el TBI extraída de fuentes externas al texto del Tratado, no es acorde a los cánones de interpretación de los tratados generalmente aceptados”,<sup>72</sup> debe admitir que el examen del sentido corriente de los términos constituye solo el primer paso del proceso de interpretación.<sup>73</sup> Efectivamente, la intención debe tenerse en cuenta a la luz del artículo 31 (términos, objeto y fin del tratado). La intención también puede ser confirmada o esclarecida por medio del artículo 32 (trabajos preparatorios).

52. La observación de la CDI y la jurisprudencia citada por el Profesor Schreuer a fin de restar importancia a la intención de las partes<sup>74</sup> no proveen de sustento a su posición dado que las mismas se presentan erróneamente como si excluyeran toda consideración de la intención de las partes, mientras que lo que aquéllas solo afirman es que la intención no debería servir como excusa para invalidar o ignorar el texto de un tratado, lo cual es completamente diferente. Basta con citar la observación de la CDI relativa al rol de la intención de las partes en la que se basa el Profesor Schreuer para comprender que la Comisión no se opone de ninguna manera a tomar en cuenta la intención de las partes, lo cual constituye incluso el objetivo primordial de toda interpretación:

---

<sup>70</sup> Opinión de Schreuer, párr. 60.

<sup>71</sup> *Ibid.*, párr. 62.

<sup>72</sup> *Ibid.*, párr. 67.

<sup>73</sup> *Ibid.*, párr. 64.

<sup>74</sup> *Ibid.*, párrs. 61-66.

“el criterio adoptado por la Comisión en lo que atañe a la interpretación de los tratados consiste en que se debe presumir que el texto del tratado es expresión auténtica *de la intención de las partes* y en que la finalidad de la interpretación es dilucidar el sentido del texto y no investigar *ab initio* la supuesta intención de las partes”.<sup>75</sup>

53. La CDI solo advertía sobre una exploración peligrosa de la intención de las partes como sustituto del texto como base (es decir, punto de partida) de la interpretación. De hecho, la CDI también afirmó:

“Sin embargo, estimó que no sería realista ni conveniente disponer en el proyecto de artículos que no se puede acudir en modo alguno a medios extrínsecos de interpretación, tales como los trabajos preparatorios, sino una vez que la aplicación de las normas enunciadas en el artículo 27 [31 del texto de la Convención] no haya revelado un sentido claro o razonable”.<sup>76</sup>

54. A pesar de la separación física de los artículos 31 y 32, el Relator Especial de la CDI sobre el Derecho de los Tratados, Sir Humphrey Waldock, consideró una práctica usual el acudir a los medios de interpretación complementarios. Como se destaca en su Tercer Informe sobre el tema:

“Sin embargo hay una diferencia entre examinar los trabajos preparatorios y basar una resolución sobre ellos; la Corte misma, en más de una ocasión se ha remitido a ellos para confirmar una interpretación a la que se había llegado ya por el estudio del texto. Además, es práctica constante de los Estados y de los tribunales examinar todos los trabajos preparatorios pertinentes por las aclaraciones que pueden dar sobre el tratado. Por tanto, no estaría en consonancia con la realidad decir, aunque sea implícitamente, que está realmente excluido remitirse a los trabajos preparatorios cuando el sentido de los términos del tratado es claro”.<sup>77</sup>

La CIJ abandonó con el tiempo la práctica de excluir completamente los trabajos preparatorios cuando el texto del tratado es claro.<sup>78</sup> Así, por ejemplo, en su Opinión

---

<sup>75</sup> *Anuario de la CDI, 1966*, vol. II, pág. 244 – bastardilla añadida.

<sup>76</sup> *Ibid.*, agregando que “los tribunales internacionales, así como los Estados y las organizaciones internacionales, acuden a los medios subsidiarios de interpretación y sobre todo a los trabajos preparatorios”. Al mismo tiempo, la Comisión señaló: “las disposiciones del artículo [32 de la Convención] no establecían de ningún modo una línea rígida entre los medios ‘complementarios’ de interpretación y los medios enumerados en el artículo [31]. El hecho de que en el artículo [32] se permita recurrir a los medios complementarios para ‘confirmar’ el sentido resultante de la aplicación del artículo [31] establece un vínculo general entre los dos artículos y mantiene la unidad del proceso de interpretación”, *ibid.*, pág. 242, párr. 10.

<sup>77</sup> *Anuario de la CDI, 1964*, vol. II, pág. 56, párr. 20 (notas al pie omitidas).

<sup>78</sup> Declaración de Shabtai Rosenne, *Anuario de la CDI, 1964*, vol. I, pág. 293, párr. 17 (también citado en R.K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2ª edición (Oxford University Press, 2015), pág. 392). Ver también en este sentido P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, 8ª edición (L.G.D.J., París, 2009), pág. 286, párr. 169-1-d; Laudo arbitral, 17 de julio de 1986 sobre *Pesca con red en el Golfo de San Lorenzo entre Canadá y Francia*, *R.I.A.A.*, vol. XIX, págs. 260-261, párrs. 57-58; CIJ, Fallo, 20 de diciembre de 1988, *Actividades*

Consultiva relativa a las *Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado*, la CIJ interpretó las disposiciones del Cuarto Convenio de Ginebra, en particular su Artículo 2, teniendo en cuenta su objeto y la intención de las partes, lo que daba lugar a un sentido claro. A pesar de dicho resultado, La Corte luego determinó que “[d]icha interpretación se ve confirmada por los trabajos preparatorios del Convenio”.<sup>79</sup>

55. En el presente caso, los trabajos preparatorios revelan que España efectivamente le comunicó a Venezuela su posición sobre el rol de la residencia, y que dicha posición no podía por lo tanto ser ignorada por Venezuela a medida que las negociaciones avanzaban y finalmente se celebraba el TBI.

56. España había expresado su posición sobre la importancia de la residencia como criterio de admisibilidad para que los inversores gozaran de la protección del TBI ya desde la celebración de una reunión en Madrid el 30 y 31 de enero de 1991. En dicha ocasión, ambas delegaciones discutieron un proyecto presentado por España que insistía en la importancia de la residencia. El resumen de los puntos discutidos indicaba con respecto al artículo 1(1): “*Aclarar el concepto de residente y sus implicaciones para España*”.<sup>80</sup> Los registros de la negociación detallan la discusión de este tema entre las delegaciones.<sup>81</sup> La discusión demuestra que la concepción de inversión extranjera por parte de España estaba vinculada a la

---

*Armadas Fronterizas y Transfronterizas (Nicaragua c. Honduras)*, I.C.J. Reports 1988, pág. 85, párr. 37 y pág. 89, párr. 46; Excepciones Preliminares, Fallo, 26 de junio de 1992, *Determinadas Tierras de Fosfato en Nauru (Nauru c. Australia)*, I.C.J. Reports 1992, pág. 247 y siguientes, párr. 15 y siguientes; Fallo, 13 de diciembre de 1999, *Isla Kasikili/Sedudu (Botsuana/Namibia)*, I.C.J. Reports 1999, págs. 1074-1075, párr. 46.

<sup>79</sup> CIJ, Opinión Consultiva, 9 de julio de 2004, *Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado*, I.C.J. Reports 2004, pág. 175, párr. 95 (traducción libre). Ver también CNUDMI, Laudo parcial, 23 de mayo de 2011, *HICEE c. República Eslovaca*, Caso CPA N.º 2009-11, párr. 138. Cabe admitir que en este último caso las Notas Explicativas no formaban parte de los trabajos preparatorios. Sin embargo, los mismos contribuyeron a arrojar luz sobre las posiciones expresadas por las partes durante los trabajos preparatorios.

<sup>80</sup> Negociación del Acuerdo para la promoción y protección de las inversiones extranjeras entre Venezuela y el Reino de España (basado en la propuesta de España), resumen de los puntos discutidos, 6 de febrero de 1991 (resumen de los puntos discutidos en la reunión de Madrid celebrada el 30 y 31 de enero de 1991).

<sup>81</sup> Notas de la negociación realizada con el Reino de España (Madrid, 30 y 31 de enero de 1991). La importancia para España de la cuestión de la residencia queda confirmada en el texto de varios TBIs que España celebró con otros Estados: ver por ej. Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Túnez (28 de mayo de 1991), artículo 1(a); Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República Argentina y el Reino de España (3 de octubre de 1991), artículo I(1)(a); Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República Árabe de Egipto (3 de noviembre de 1992), artículo I(1)(a); Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Paraguay (11 de octubre de 1993), artículo I(1)(a); Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Filipinas (19 de octubre de 1993), artículo 1(3)(a); Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República Dominicana (16 de marzo de 1995), artículo I(1)(a); Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Sudáfrica (30 de septiembre de 1998), Protocolo.

residencia más que a la nacionalidad, lo cual evidenciaba que, según la postura de España, si bien la nacionalidad tiene su importancia al momento de considerar la definición de inversor e inversión, el elemento clave está dado por la residencia. Resulta entonces evidente que la insistencia de España con respecto a la residencia equivale a confirmar el principio de la nacionalidad efectiva y dominante dado que precisamente la residencia es en general aceptada como uno de los principales criterios que tornan a la nacionalidad efectiva o dominante.<sup>82</sup> A partir del intercambio relativo a este punto entre España y Venezuela como parte de los trabajos preparatorios, cuando se trata de personas físicas, surge que España tenía la intención de limitar la protección del TBI a aquellas personas que residen en una de las Partes Contratantes, de la cual son nacionales, y realizan una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante. En el caso de los doble nacionales, esta posición equivale a aplicar el principio de la nacionalidad efectiva y dominante.

57. No he contado con registros más detallados de los trabajos preparatorios, así como tampoco he tenido acceso a los mismos por otros medios, lo cual torna imposible determinar si existió una discusión más detallada sobre el tema. Sin embargo, en mi opinión, el punto esencial es que las negociaciones avanzaron con éxito y que de hecho se celebró el TBI, y que Venezuela tenía conocimiento de la posición de España con respecto a la importancia del criterio de residencia. Ello sugiere que las Partes tuvieron la intención de no ampliar la protección del TBI a los doble nacionales cuya nacionalidad dominante es aquella del Estado de inversión, en el que residen, lo cual claramente parece verificarse en el presente caso dado que todos los inversores vivían en Venezuela en los momentos relevantes.

### **C. El derecho que rige los requisitos de jurisdicción y nacionalidad bajo el TBI**

58. La base fundamental para la legitimidad del arbitraje y la jurisdicción del órgano decisor es el consentimiento de los Estados partes del TBI. Dicho consentimiento —al

---

<sup>82</sup> Comisión Mixta de Reclamaciones Gran Bretaña-Venezuela, caso *Mathison* (fondo), 1903, *R.I.A.A.*, vol. IX, pág. 485; CIJ, Fallo, 6 de abril de 1955, *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, *I.C.J. Reports 1955*, pág. 22; Comisión de conciliación italo-americana, caso *Florence Strusky-Mergé* – Decisión N.º 55, 10 de junio de 1955 (Estados Unidos c. Italia), *R.I.A.A.*, vol. XIV, pág. 244 (donde se cita el *dictum* del caso *Nottebohm*) y pág. 247, párrs. 6 y 7; caso *Spaulding* – Decisión N.º 148, 21 de diciembre de 1956 (Estados Unidos c. Italia), *R.I.A.A.*, vol. XIV, pág. 293; Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, Decisión, 6 de abril de 1984, Caso N.º *A/18* (Irán c. Estados Unidos), 5 *Iran-U.S. C.T.R.*, pág. 263 (donde se cita el *dictum* del caso *Nottebohm*), pág. 265; Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, Laudo Interlocutorio, 1 de diciembre de 1989, *Katrin Zohrabegian Abrahamian c. Irán*, Caso N.º 77, 23 *Iran-U.S. C.T.R.* pág. 285; Cámara Federal de Apelaciones de los Estados Unidos, Séptimo Circuito, 19 de febrero de 1980, *Al Sadat c. Mertes y otros*, 615 F.2d 1176, 54 A.L.R. Fed. 401, 1980 U.S. App. Decision, F.2d 1187.

igual que el alcance del mismo— debe buscarse en el instrumento que lo contiene.<sup>83</sup> Por lo general, dicho instrumento es el TBI, como así también el Convenio CIADI o las reglas CNUDMI según corresponda.<sup>84</sup> Si bien el tratado establece un régimen de *lex specialis*, las reglas y principios de derecho internacional aún tienen relevancia de modo complementario: constituye un principio generalmente aceptado que ningún tratado se concluye y aplica en un vacío legal o en un estado de aislamiento clínico.<sup>85</sup> Por lo demás, si aún subsistieran dudas acerca de la aplicabilidad de las reglas y principios de derecho internacional, el TBI de 1995 los incorpora de modo expreso (al igual que otros elementos) por referencia como parte del derecho aplicable acordado en el artículo XI(4).

59. El Profesor Schreuer sostiene que el artículo XI(4) establece el derecho aplicable al fondo únicamente,<sup>86</sup> con lo que sugiere que las reglas y principios de derecho internacional y otros tratados celebrados entre las partes no tienen relevancia cuando se trata de cuestiones de jurisdicción. Lamento expresar que considero esta *petitio principii* claramente incorrecta.

60. Al determinar el derecho aplicable a las diferencias entre una Parte Contratante y los inversores de la otra Parte Contratante, el artículo XI(4) del TBI de 1995 no realiza distinción alguna entre cuestiones jurisdiccionales (o procesales) y cuestiones sustantivas:

“4. El arbitraje se basará en:

[...]

(b) Las reglas y principios de Derecho Internacional;...”

---

<sup>83</sup> Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press, 2009), pág. 75, párr. 126.

<sup>84</sup> CIADI, Decisión sobre Jurisdicción (no publicada), 12 de mayo de 1974, *Holiday Inns S.A. y otros c. Marruecos*, Caso CIADI N.º ARB/72/1; CIADI, Laudo, 4 de octubre de 2006, *World Duty Free Company c. Kenia*, Caso CIADI N.º ARB/00/7; CIADI, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de marzo de 2010, *Inmaris Perestroika c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/08/8, párr. 54; CIADI, Laudo, 22 de agosto de 2012, *Daimler Financial Services c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/05/1, párr. 50. Ver también M. Waibel, ‘Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility’, Legal Studies Research Paper Series, paper No 9/2014, Cambridge University Press, pág. 2.

<sup>85</sup> OMC, Informe del Órgano de Apelación, 29 de abril de 1996, *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, caso AB-1996-1, WT/DS2/AB/R, pág. 17. Ver también CIJ, Fallo, 20 de julio de 1989, *Elettronica Sicula Spa – ELSI (Estados Unidos c. Italia)*, *I.C.J. Reports 1989*, pág. 42, párr. 50; CIJ, Fallo, 6 de noviembre de 2003, *Plataformas Petrolíferas (La República Islámica de Irán c. los Estados Unidos de América)*, *I.C.J. Reports 2003*, págs. 181-183, párrs. 39-42; CIADI, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 8 de febrero de 2013, *Ambiente Ufficio S.A. y otros c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/08/9, párrs. 599-600; ver también artículo 31(3)(c) de la CVDT aceptado como derecho internacional consuetudinario.

<sup>86</sup> Opinión de Schreuer, párrs. 88, 94, 100.

61. El Profesor Schreuer se refiere a uno de sus propios artículos sobre el tema (“Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration”).<sup>87</sup> Sin embargo, el artículo en cuestión presenta matices: reconoce que las reglas correspondientes a la jurisdicción no se encuentran necesariamente limitadas a las disposiciones del instrumento que contiene el consentimiento, sino que también pueden ampliarse, al menos, al derecho interno del Estado receptor y a las reglas aplicables de derecho internacional.<sup>88</sup>

62. Asimismo, puede observarse que el artículo XI(4)(c) sobre el derecho interno pertinente necesariamente se aplica a las cuestiones de jurisdicción, por ejemplo, al momento de considerar las cuestiones de nacionalidad y la legalidad de la inversión.<sup>89</sup> Refiriéndose al derecho interno, el propio Profesor Schreuer admite que la incorporación por referencia constituye un método válido para fijar el derecho aplicable a la jurisdicción en el instrumento que contiene el consentimiento.<sup>90</sup> No encuentro ninguna justificación por la cual los subpárrafos (b) y (c) del artículo XI(4) deban interpretarse de manera diferente. Del mismo modo, sería extremadamente inusual concluir que las reglas enunciadas en el artículo XI(4) del TBI sólo se aplican a la decisión sobre el fondo.<sup>91</sup>

63. La mayor parte de la jurisprudencia citada por el Profesor Schreuer en respaldo de su posición es jurisprudencia del CIADI o jurisprudencia basada en TBIs que no siempre contienen el derecho aplicable, en contraposición al TBI de 1995. Otras decisiones tratan cuestiones que no son de interés para el presente caso, por ejemplo, la determinación de la relevancia del derecho interno para evaluar la validez del consentimiento a la inversión por parte del Estado demandado. El presente caso es diferente: se trata de un caso CNUDMI y de un caso de Mecanismo Complementario CIADI y el TBI pertinente incluye una cláusula detallada sobre el derecho aplicable. En todo caso, la jurisprudencia invocada se refiere a tratados que contienen el consentimiento, pero no rechaza la aplicabilidad de las normas de

---

<sup>87</sup> 1(1) *McGill Journal of Dispute Resolution* (2014), págs. 1-25.

<sup>88</sup> *Ibid.*, págs. 5-6, 17 (con respecto al derecho interno) y págs. 16-17 (con respecto a las normas aplicables de derecho internacional), concluyendo en particular en la pág. 24: “Las cuestiones de jurisdicción no se encuentran regidas por el derecho aplicable al fondo de un caso, sino que deben determinarse por referencia a los instrumentos jurídicos que determinan la jurisdicción y por el derecho internacional general”. (énfasis añadido).

<sup>89</sup> Ello se encuentra reconocido *ibid.*, pág. 2.

<sup>90</sup> *Ibid.*, pág. 4.

<sup>91</sup> *Contra*: CIADI, Laudo, 6 de noviembre de 2008, *Jan de Nul NV y Dredging International NV c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/04/13, párr. 135; CNUDMI, Primer Laudo Parcial, 10 de diciembre de 2008, *Nordzucker AG c. Polonia*, en párrs. 107, 108, 110 y 118. Sin embargo, la cuestión en debate en estos casos consistía en determinar el consentimiento de la Demandada a someter la diferencia a arbitraje bajo el TBI pertinente, no en realizar una evaluación exhaustiva del derecho aplicable a la jurisdicción.

derecho internacional general en la etapa jurisdiccional, en particular al interpretar dichos instrumentos convencionales. A continuación se exponen diversos ejemplos representativos de la falta de relevancia de varios de los casos en los que se ampara el Profesor Schreuer:

- *CIADI*, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de mayo de 1999, *Ceskoslovenska Obchodni Banka AS c. Eslovaquia*, Caso CIADI N.º ARB/97/4, párr. 35: “La pregunta de si las partes han expresado su consentimiento a la jurisdicción del CIADI de manera efectiva no debe responderse recurriendo al derecho interno. Dicha cuestión se encuentra regida por el derecho internacional según lo dispuesto en el artículo 25(1) del Convenio CIADI” (traducción libre): esta decisión no resulta relevante dado que sólo se refiere al consentimiento y no a otras cuestiones de jurisdicción.
- *CIADI*, Decisión sobre Jurisdicción, 17 de julio de 2003, *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/8, párr. 42 y, en particular, párr. 88: “El artículo 42 [del Convenio CIADI] fue principalmente concebido para la solución de controversias en cuanto al fondo y, como tal, es en principio independiente de las decisiones sobre jurisdicción, que se rigen únicamente por el Artículo 25 del Convenio y aquellas otras disposiciones de los instrumentos que contienen el consentimiento que puedan ser aplicables”: la decisión no resulta relevante en el presente caso dado que las cuestiones de jurisdicción y fondo se tratan por separado en los artículos 41 y 42 del Convenio CIADI respectivamente, lo que no se verifica en el caso del TBI de 1995. Las mismas consideraciones se aplican al caso *Noble Energy Inc c. Ecuador*, *CIADI*, Decisión sobre Jurisdicción, 5 de marzo de 2008, Caso CIADI N.º ARB/05/12, párrs. 56-57. Es de notar que el artículo 25 no es la única disposición del Convenio que trata cuestiones de jurisdicción. Mientras que el artículo 25 se refiere a la jurisdicción del Centro, el artículo 41 aborda la cuestión afín de la competencia del Tribunal. Cabe destacar que el artículo 41 relativo a la competencia y el artículo 42 sobre el derecho aplicable al fondo de la diferencia se encuentran agrupados dentro de la misma sección 3 titulada “Facultades y funciones del Tribunal”. Asimismo, el artículo 41(2) dispone que en ciertos casos el Tribunal puede decidir unir las cuestiones de jurisdicción y/o competencia a la fase de fondo. Ello evidencia la interrelación que puede existir entre dichas cuestiones en ciertos casos. De allí que no se justifica establecer una separación estricta entre el derecho aplicable a la jurisdicción y el derecho aplicable al fondo.

- *CIADI*, Laudo, 22 de agosto de 2012, *Daimler Financial Services c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/05/1, párr. 50: “A los fines de competencia del Tribunal [...] el derecho aplicable adecuado es el propio TBI Alemania-Argentina, en sintonía con el Convenio CIADI, según su interpretación a la luz de los principios generales del Derecho Internacional”. Las mismas consideraciones se aplican, por ejemplo, a otro caso invocado por el Profesor Schreuer: *CIADI*, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de marzo de 2010, *Inmaris Perestroika c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/08/8, párr. 54. El mismo Profesor Schreuer admite que “las cuestiones jurisdiccionales, incluyendo la existencia de la inversión, la presencia de un inversor calificado y el consentimiento de las partes al arbitraje, deben determinarse en función de los instrumentos legales que establecen la jurisdicción y *del derecho internacional general*”.<sup>92</sup>
- Laudo, 21 de abril de 2006, *Berschader c. Federación Rusa*, Caso SCC N.º 080/2004, párr. 95, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, ORIL IIC 314: el tribunal acepta la aplicabilidad de las normas pertinentes de derecho internacional aplicables en las relaciones entre las partes junto con las disposiciones del tratado como parte del derecho sobre jurisdicción pertinente y “en la medida en que los términos del Tratado sean poco claros o requieran ser interpretados o complementados” (traducción libre).
- *CIADI*, Laudo, 12 de mayo de 2011, *Meerapfel c. República Centroafricana*, Caso CIADI N.º ARB/07/10, párrs. 139-147: este laudo no resulta relevante dado que el Tribunal trató una objeción presentada por el Estado relativa a la validez de su consentimiento al arbitraje basada en una supuesta violación del derecho interno por parte de una disposición del tratado que contenía el consentimiento.
- *CIADI*, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004, *Siemens A.G. c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/8, párrs. 29-31: las partes acordaron la aplicabilidad de las reglas y principios generales de derecho internacional en la fase jurisdiccional. Como era dable esperar, el Tribunal se basó en el artículo 25 del Convenio CIADI y el artículo del TBI que contenía el consentimiento.
- *CIADI*, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de diciembre de 2003, *Azurix c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/12, párrs. 48-50: el análisis del Tribunal se centró en la distinción entre el derecho aplicable a la jurisdicción y el derecho aplicable al fondo de la diferencia bajo el Convenio CIADI, encontrándose dicha distinción contenida en

---

<sup>92</sup> C. Schreuer, ‘Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration’, 1(1) *McGill Journal of Dispute Resolution* (2014), pág. 4 – énfasis añadido (traducción libre).

dos artículos distintos (artículos 41 y 42). En el presente caso, no se aplica el Convenio CIADI y el TBI de 1995 no realiza dicha distinción.

- *CIADI*, Decisión sobre Jurisdicción, 21 de marzo de 2007, *Saipem c. Bangladesh*, Caso CIADI N.º ARB/05/07, párrs. 68-70 y 78-82: el Tribunal analizó cuestiones de jurisdicción dentro del Convenio CIADI y el tratado pertinente y aceptó que dichos instrumentos debían interpretarse a la luz del derecho internacional (párr. 78).<sup>93</sup>

64. Como se ha expuesto con anterioridad, como mínimo las reglas y principios de derecho internacional (artículo XI(4)(b)) como así también el derecho interno del Estado receptor<sup>94</sup> (artículo XI(4)(c)) son relevantes para las cuestiones de jurisdicción en el contexto de un TBI. Su incorporación en el TBI por referencia torna dicha relevancia aún más evidente. Tal como lo expresa claramente el Profesor Zachary Douglas, “[e]l derecho aplicable a una cuestión relativa a la jurisdicción del tribunal y la admisibilidad de los reclamos y demandas reconventionales es el tratado de inversión”.<sup>95</sup> Ninguna disposición del TBI respalda la postura de que el artículo XI(4), que contiene el derecho acordado por los Estados partes como aplicable a la resolución de diferencias entre los Estados partes y los inversores bajo el TBI, no se aplica también a las cuestiones de jurisdicción. En todo caso, las reglas y principios de derecho internacional (general) se aplicarían a la interpretación de un tratado de acuerdo con el artículo 31(3)(c) de la VCLT, con independencia del hecho de que la interpretación se realice con respecto a cuestiones de jurisdicción o de fondo.

65. Los elementos de derecho aplicable enumerados en el artículo XI(4) del TBI de 1995 indican la falta de jurisdicción en los casos de los doble nacionales (al menos cuando la nacionalidad dominante es la del Estado receptor) por los siguientes motivos:

- Con respecto al artículo XI(4)(a): otros acuerdos pertinentes celebrados entre las partes (Tratado de Amistad de 1990 y Acuerdo Económico de 1992) forman parte de

---

<sup>93</sup> De toda la jurisprudencia citada por el Profesor Schreuer (nota al pie 85 de su Opinión), solo una decisión parece confirmar parcialmente su posición: en el caso de *Enron c. Argentina* el Tribunal Arbitral consideró que “en cuestiones de jurisdicción y admisibilidad, *solamente* deberán aplicarse las disposiciones del Convenio del CIADI y del Tratado Bilateral sobre Inversiones” (sin hacer mención de las reglas aplicables de derecho internacional – énfasis añadido) (CIADI, Decisión sobre jurisdicción, 14 de enero de 2004, *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/3, párr. 38); sin embargo, la Decisión se refiere a las “disposiciones” (limitando por lo tanto necesariamente el foco a los instrumentos escritos), analiza un argumento específico limitado a la cuestión de la pertinencia del derecho interno y no excluye de manera expresa la aplicación del derecho internacional general.

<sup>94</sup> Ver también Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press, 2009), págs. 77-78, párr. 133.

<sup>95</sup> *Ibid.*, pág. 74 (Regla 6) (traducción libre).

las circunstancias de la celebración del TBI y tienen como objeto facilitar los intercambios transfronterizos y la protección de la inversión *extranjera*;

- Con respecto al artículo XI(4)(b): las reglas y principios de derecho internacional (derecho internacional consuetudinario) se aplican como marco jurídico complementario al tratado; ello no equivale a “modificar su significado”.<sup>96</sup> resulta aplicable el principio de la nacionalidad efectiva y dominante como regla de derecho internacional consuetudinario no limitado a los contextos de protección diplomática.

66. Incluso si se admitiera que el artículo XI(4) contiene solamente el derecho aplicable al fondo, es ampliamente aceptado por la jurisprudencia citada con anterioridad que las reglas y principios de derecho internacional son parte del derecho aplicable en la fase jurisdiccional (como complemento de las disposiciones del tratado).<sup>97</sup> El principio de la nacionalidad efectiva y dominante se ha convertido en un principio de derecho internacional general relevante en distintas áreas, inclusive en el derecho internacional de las inversiones.<sup>98</sup> Por lo tanto, dicho principio se aplica a la interpretación de las disposiciones del TBI incluso en la etapa de jurisdicción. Dado que la nacionalidad dominante de los Demandantes es aquella de Venezuela (con excepción de Luis García Armas que posee exclusivamente la nacionalidad española), los Demandantes no califican como inversores de acuerdo con el artículo I(1)(a) y, en consecuencia, el Tribunal Arbitral carece de jurisdicción sobre la base del TBI.

## II. EL ROL DE LAS REGLAS DE PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN LA INTERPRETACIÓN DEL TBI

67. De acuerdo con la Opinión Legal del Profesor Schreuer, el TBI efectivamente amplía la protección a los inversores que poseen la nacionalidad de ambos Estados contratantes.<sup>99</sup> En opinión del Profesor, cuando los Estados desean excluir la aplicación del principio de la nacionalidad efectiva o dominante, deben incluir una cláusula a tal efecto en el

---

<sup>96</sup> Opinión de Schreuer, párr. 71.

<sup>97</sup> Ver párr. 58 y nota al pie 85 más arriba.

<sup>98</sup> Tal como se desarrolla en los párrs. **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**-73 y 80 a continuación.

<sup>99</sup> Opinión de Schreuer, párrs. 48-49, 92.

TBI.<sup>100</sup> Se rechaza la aplicabilidad de los principios y reglas de derecho internacional general a la interpretación de los tratados de inversión, incluyendo el principio de la nacionalidad efectiva y dominante, que el Profesor Schreuer pretende vincular exclusivamente a las reglas de protección diplomática.<sup>101</sup>

68. Cabe destacar que la decisión sobre jurisdicción dictada en el caso *Serafin García Armas* del 15 de diciembre de 2014 se encuentra entre las raras decisiones arbitrales no emitidas por el CIADI que tratan la situación de inversores que son personas físicas con la nacionalidad de ambos Estados contratantes. La mayor parte de las decisiones anteriores se refería a doble nacionales que poseían la nacionalidad de un tercer Estado<sup>102</sup>, o se trataba de casos que tramitaban bajo el sistema CIADI<sup>103</sup> (y por lo tanto se encontraban sujetos al artículo 25 del Convenio CIADI), o ambas circunstancias.<sup>104</sup> En particular, la jurisprudencia citada por el Profesor Schreuer no respalda su posición porque se encuadra dentro de dichas categorías. Por ejemplo, el caso de *Saba Fakes c. Turquía*<sup>105</sup> en el que se basa el Profesor Schreuer resulta irrelevante no solo porque se trata de un caso CIADI —y por lo tanto se encuentra sujeto al artículo 25 del Convenio CIADI, que es la *lex specialis* frente a las reglas de derecho internacional general— sino también porque el caso se refería a un doble nacional que no poseía la nacionalidad del Estado demandado, en cuyo caso no tiene aplicación el test de la nacionalidad efectiva y dominante. Cabe realizar las mismas observaciones con respecto al caso de *Levy c. Perú*, también invocado por el Profesor Schreuer, dado que el demandante,

---

<sup>100</sup> *Ibid.*, párrs. 50, 150, 155 y 193.

<sup>101</sup> *Ibid.*, párrs. 27-28, 68-73 entre otros.

<sup>102</sup> Ver por ej. Comisión de conciliación italo-americana, *Caso Flegenheimer – Decisión N.º 182*, 20 de septiembre de 1958, *R.I.A.A.*, vol. XIV, págs. 327-390; CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción, 30 de abril de 2010, *Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. República Eslovaca*, párr. 129.

<sup>103</sup> Ver por ej. CIADI, Decisión sobre jurisdicción, 21 de febrero de 2003, *Champion Trading Company Ameritrade International Inc., James T. Wahba, John B. Wahba, Timothy T. Wahba c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/02/9; CIADI, Decisión sobre jurisdicción, 11 de abril de 2007, *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/05/15; CIADI, Laudo, 8 de mayo de 2008, *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI N.º ARB/98/2 (en el cual el Sr. Pey Casado, doble nacional de Chile y España, debió en primer lugar renunciar a su nacionalidad chilena para iniciar un procedimiento contra Chile en base al TBI Chile-España); CIADI, Laudo del 11 de diciembre de 2013, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. y S.C. Multipack S.R.L. c. Rumania*, Caso CIADI N.º ARB/05/20.

<sup>104</sup> CIADI, Laudo, 26 de julio de 2001, *Sr. Eudoro Armando Olguín c. República de Paraguay*, Caso CIADI N.º ARB/98/5; CIADI, Laudo, 7 de julio de 2004, *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos*, Caso CIADI N.º ARB/02/7; CIADI, Laudo, 14 de julio de 2010, *Saba Fakes c. República de Turquía*, Caso CIADI N.º ARB/07/20.

<sup>105</sup> CIADI, Laudo, 14 de julio de 2010, *Saba Fakes c. República de Turquía*, Caso CIADI N.º ARB/07/20, párrs. 70, 73, 79; Opinión de Schreuer, párr. 150.

si bien poseía múltiples nacionalidades, no parecía tener la nacionalidad peruana.<sup>106</sup> Idénticas consideraciones caben con respecto al caso de *Pey Casado c. Chile*, otro caso CIADI citado por el Profesor Schreuer.<sup>107</sup>

69. Desde que se emitió la decisión sobre jurisdicción en el caso de *Serafín García Armas* en 2014, se han iniciado otros casos similares, pero los mismos se encuentran aún en las primeras etapas del procedimiento.<sup>108</sup>

70. Cabe destacar que, si bien el requisito de la nacionalidad efectiva basado en un “vínculo genuino” fue tradicionalmente empleado hace un largo tiempo dentro del marco de la protección diplomática<sup>109</sup> y fue vigorosamente confirmado por la Corte en el caso *Nottebohm*,<sup>110</sup> el concepto de nacionalidad “dominante” ha sido recogido en el ámbito de las controversias relativas a inversiones. En este sentido, el caso *A/18* decidido por el Tribunal Arbitral Irán-Estados Unidos representa un hito en el desarrollo del concepto de nacionalidad dominante<sup>111</sup> y se refiere a un caso de inversión, no de protección diplomática. Fue solo con posterioridad que dicho concepto se expandió en el ámbito de la protección diplomática.

71. De hecho, el principio de la nacionalidad dominante en los contextos de inversión se ha cristalizado mediante una serie de decisiones judiciales, de las cuales el caso *A/18* es solo un (sin dudas crucial) paso. En el caso *Mergé*, si bien el demandante era nacional de ambos Estados miembros de la Comisión de Conciliación (Italia y Estados Unidos), el

---

<sup>106</sup> CIADI, Laudo, 26 de febrero de 2014, *Renée Rose Levy de Levi c. República del Perú*, Caso CIADI N.º ARB/10/17, párr. 143; Opinión de Schreuer, párr. 151.

<sup>107</sup> CIADI, Laudo, 8 de mayo de 2008, *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI N.º ARB/98/2, párr. 415; Opinión de Schreuer, párr. 153.

<sup>108</sup> CNUDMI, *Michael Ballantine & Lisa Ballantine c. República Dominicana*, Caso CPA N.º 2016-17 (iniciado en 2014); *Sergei Viktorovich Pugachev c. Federación Rusa* (iniciado en 2015); caso *Manuel García Armas y otros c. Venezuela*, Caso CPA N.º 2016-08 (iniciado en 2015); *Dawood Rawat c. Mauricio*, Caso CPA N.º 2016-20 (iniciado en 2015).

<sup>109</sup> Ver Informe Pellet, nota al pie 53.

<sup>110</sup> CIJ, Fallo, 6 de abril de 1955, *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, *I.C.J. Reports, 1955*, pág. 22; ver Informe Pellet, párr. 49. Los antecedentes incluyen a la Comisión Mixta de Reclamaciones Gran Bretaña-Venezuela, caso *Mathison* (fondo), 1903, *R.I.A.A.*, vol. IX, pág. 485; CPA, Decisión del 3 de mayo de 1912, *Canevaro* (Italia/Perú), *R.I.A.A.*, vol. XI, pág. 397; Tribunal Arbitral Mixto franco-alemán, Decisión, 10 de julio de 1926, *Barthez de Montfort c. Treuhander Hauptverwaltung* (Francia c. Alemania), *ILR*, vol. 3, pág. 279, entre otros. Ver también *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 10, 1888-1889 (12ª sesión, Lausana), págs. 3, 25.

<sup>111</sup> Dicha Decisión fue precedida por otras concordantes: ver Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, Decisión, 29 de marzo de 1983, *Nasser Esphahanian c. Bank Tejarat*, caso N.º 31-157-2, 2 *Iran-U.S. C.T.R.* 157; Decisión, 29 de marzo de 1983, *Ataollah Golpira c. Irán*, caso N.º 32-211-2, 2 *Iran-U.S. C.T.R.* 171; Decisión, 29 de marzo de 1983, *Paridokht Kohan Haroonian c. Irán*, caso N.º 33-418-2, 2 *Iran-U.S. C.T.R.* 226. Ver párr. 71 y siguientes a continuación. Ver también Informe Pellet, párrs. 50-51.

reclamo no se refería a una inversión. Asimismo, el demandante estaba representado en el procedimiento por Italia, en contraposición al arbitraje entre inversores y Estados.<sup>112</sup> Sin embargo, la Comisión aplicó el principio de la nacionalidad dominante.<sup>113</sup> Tal como lo observa la CDI en relación con la opinión de la Comisión de Conciliación emitida en dicha decisión, “el principio de la nacionalidad efectiva y el concepto de la nacionalidad dominante eran simplemente dos caras de la misma moneda”.<sup>114</sup> Dicho principio fue luego aplicado por la Comisión en alrededor de 50 casos que presentaban circunstancias similares con doble nacionales.<sup>115</sup> Posteriormente, en una serie de decisiones, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos confirmó el principio aplicándolo en el contexto de las inversiones. La primera de dichas decisiones fue emitida en el caso de *Nasser Esphahanian c. Bank Tejarat*. El caso se relacionaba con una inversión y el demandante era el inversor. El Tribunal determinó en su decisión:

“[E]ste Tribunal tiene competencia (a) sobre reclamaciones presentadas contra Irán por doble nacionales de Irán y los Estados Unidos cuando la nacionalidad dominante y efectiva del Demandante es aquella de los Estados Unidos y (b) sobre reclamaciones presentadas contra los Estados Unidos por doble nacionales de Irán y los Estados Unidos cuando la nacionalidad dominante y efectiva del Demandante es aquella de Irán”.<sup>116</sup>

72. Un año más tarde, la decisión del Tribunal emitida en el caso *A/18* confirmó dicho criterio.<sup>117</sup> En este caso, el Tribunal aplicó la doctrina de la nacionalidad efectiva y dominante si bien el caso claramente no se relacionaba con un ejercicio de protección diplomática. Resulta útil recordar las consideraciones vertidas por el Tribunal con respecto a esta cuestión:

---

<sup>112</sup> Comisión de conciliación italo-americana, caso *Florence Strusky-Mergé* – Decisión N.º 55, 10 de junio de 1955 (Estados Unidos c. Italia), *R.I.A.A.*, vol. XIV, pág. 236.

<sup>113</sup> *Ibid.*, págs. 246-247. Ver también Informe Pellet, párr. 53.

<sup>114</sup> *Anuario de la CDI*, 2006, vol. II(2), pág. 37.

<sup>115</sup> Ver, por ejemplo, caso *Spaulding* – Decisión N.º 148, 21 de diciembre de 1956 (Estados Unidos c. Italia), *R.I.A.A.*, vol. XIV, pág. 292; caso *Zangrilli* – Decisión N.º 149, 21 de diciembre de 1956, *R.I.A.A.*, vol. XIV, pág. 294; caso *Cestra* – Decisión N.º 165, 28 de febrero de 1957, *R.I.A.A.*, vol. XIV, pág. 307; caso *Salvoni* – Decisión N.º 169, 9 de mayo de 1957, *R.I.A.A.*, vol. XIV, pág. 311; caso *Ruspoli-Droutzkoy* – Decisión N.º 170, 15 de mayo de 1957, *R.I.A.A.*, vol. XIV, pág. 314; caso *Puccini* – Decisión N.º 173, 17 de mayo de 1957, *R.I.A.A.*, vol. XIV, pág. 323; caso *Graniero* – Decisión N.º 186, 20 de enero de 1959, *R.I.A.A.*, vol. XIV, pág. 393; caso *Ganapini* – Decisión N.º 196, 30 de abril de 1959, *R.I.A.A.*, vol. XIV, pág. 400; caso *Turri* – Decisión N.º 209, 14 de junio de 1960, *ILR*, vol. 30 (1966), pág. 371; caso *Di Cicio* – Decisión N.º 226, 9 de noviembre de 1962, *ILR*, vol. 40 (1970), pág. 148.

<sup>116</sup> Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, Decisión, 29 de marzo de 1983, *Nasser Esphahanian c. Bank Tejarat*, caso N.º 31-157-2, 2 *Iran-U.S. C.T.R.* 157, pág. 166 (traducción libre). Ver también Decisión, 29 de marzo de 1983, *Ataollah Golpira c. Irán*, caso N.º 32-211-2, 2 *Iran-U.S. C.T.R.* 171; Decisión, 29 de marzo de 1983, *Paridokht Kohan Haroonian c. Irán*, caso N.º 33-418-2, 2 *Iran-U.S. C.T.R.* 226.

<sup>117</sup> Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, Decisión, 6 de abril de 1984, Caso N.º *A/18* (Irán c. Estados Unidos), 5 *Iran-U.S. C.T.R.* 251.

“Si ha de aplicarse el derecho internacional consuetudinario, el Tribunal debería, en cada caso que involucre a un doble nacional, resolver la cuestión determinando la nacionalidad dominante y efectiva del doble nacional demandante. El principio de la nacionalidad efectiva se aplica desde hace un largo tiempo para resolver conflictos de nacionalidad en el arbitraje internacional”.<sup>118</sup>

73. Unos pocos años después el Tribunal aplicó nuevamente dicho criterio en el caso *Reza Said Malek c. Irán*, en el cual observó: “[L]a nacionalidad dominante y efectiva del Demandante Reza Said Malek era, a los fines de la competencia de este Tribunal, aquella de los Estados Unidos de América desde el 5 de noviembre de 1980 al 19 de enero de 1981”.<sup>119</sup>

74. En contraposición con esta tendencia, la Decisión sobre jurisdicción emitida en el caso *Serafín García Armas* en 2014 merece mayor examen.<sup>120</sup> Allí el Tribunal determinó que un doble nacional con la nacionalidad de ambos Estados partes del TBI en efecto calificaba como inversor bajo el TBI y que la doctrina de la nacionalidad efectiva y dominante no resultaba aplicable a los casos de inversión. En este sentido, el Tribunal realizó una interpretación literal de las disposiciones del TBI y estableció que: “no puede adicionarse al APPRI una condición inexistente en él sobre la nacionalidad de los inversores protegidos por ese Tratado”.<sup>121</sup>

75. Para arribar a dicha conclusión, el Tribunal se basó en diversas decisiones arbitrales, ninguna de las cuales parece ser relevante.<sup>122</sup> De las cuatro decisiones en las que se basó el Tribunal, dos<sup>123</sup> son irrelevantes para la cuestión general de la doble nacionalidad dado que se trata de casos CIADI, y por lo tanto sujetos a la condición negativa de nacionalidad dispuesta por el artículo 25 del Convenio CIADI. Los otros dos casos citados por

---

<sup>118</sup> *Ibid.*, pág. 259 (traducción libre). Ver también Informe Pellet, párrs. 50-52.

<sup>119</sup> Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo interlocutorio N.º ITL 68-193-3, 23 de junio de 1988, *Reza Said Malek c. Irán*, Caso N.º 193, 19 *Iran-U.S. C.T.R.* 48 (traducción libre). Ver también Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, Laudo N.º 474-268-1, 14 de marzo de 1990, *Schott c. Irán*, 24 *Iran-U.S. C.T.R.* 203, pág. 218.

<sup>120</sup> CNUDMI, Decisión sobre jurisdicción, 15 de diciembre de 2014, *Serafín García Armas y Karina García Gruber c. Venezuela*, Caso CPA N.º 2013-3.

<sup>121</sup> *Ibid.*, párr. 206.

<sup>122</sup> *Ibid.*, párrs. 201-206.

<sup>123</sup> CIADI, Laudo, 8 de mayo de 2008, *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI N.º ARB/98/2, párr. 415; CIADI, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de septiembre de 2008, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. y S.C. Multipack S.R.L. c. Rumania*, Caso CIADI N.º ARB/05/20, párr. 101.

el Tribunal resultan poco convincentes. En el caso *Oostergetel y Laurentius c. Eslovaquia*,<sup>124</sup> la cuestión en debate se refería a si uno de los Demandantes tenía la nacionalidad de una de las partes contratantes del TBI o si tenía asimismo o solamente la nacionalidad de un tercer Estado. Resulta interesante destacar que dicha decisión parece aceptar la aplicación del principio de la nacionalidad efectiva y dominante en contextos de inversión cuando señala, en referencia al caso *Champion Trading y otros c. Egipto*: “en ese caso los demandantes poseían dos nacionalidades y por lo tanto el Tribunal aplicó el principio de la nacionalidad efectiva a fin de determinar cuál de las dos era la nacionalidad dominante del demandante”.<sup>125</sup> En el caso *Saluka c. República Checa*,<sup>126</sup> la cuestión residía en si el demandante era la parte genuina del reclamo o si estaba actuando como representante de otra empresa del grupo del demandante que estaba registrada en un tercer Estado y que por lo tanto no calificaba para la protección del TBI. Por lo tanto, el fundamento de la posición sobre doble nacionalidad expresada en la decisión sobre jurisdicción emitida por el Tribunal en 2014 en el caso *Serafin García Armas* carece de bases sólidas.

76. Además de la jurisprudencia, la doctrina también ha analizado esta cuestión. En términos generales, la misma confirma que las reglas de derecho internacional general, incluyendo el principio de la nacionalidad efectiva y dominante, forman parte del marco inseparable en el que se celebra un tratado y constituyen un elemento complementario para la interpretación y aclaración de las disposiciones de un tratado. Tal como lo sostiene el Profesor Zachary Douglas,

“En aquellos casos en que un demandante que tiene la nacionalidad de uno de los estados contratantes también posee la nacionalidad del estado parte receptor, la jurisdicción *ratione personae* del tribunal se extiende a dicho individuo solo si la primera nacionalidad es la dominante entre las dos, salvo disposición en contrario de un tratado de inversión o la aplicación del artículo 25 del Convenio CIADI.”<sup>127</sup>

---

<sup>124</sup> CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción, 30 de abril de 2010, *Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. República Eslovaca*, párr. 130.

<sup>125</sup> *Ibid.*, párr. 129 (traducción libre). El razonamiento del Tribunal en el párr. 130 (que claramente es *contra textum*) parece vincularse con el caso que el Tribunal estaba decidiendo (es decir, la existencia y efecto de la nacionalidad de un tercer Estado con relación al demandante) y no con las consideraciones del párrafo anterior.

<sup>126</sup> CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, *Saluka Investments B.V. c. República Checa*, párr. 229.

<sup>127</sup> Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press, 2009), pág. 321 (Regla 37) (notas al pie omitidas) (traducción libre). Ver también D.J. Bederman, C. Keitner, *International Law Frameworks*, 4<sup>a</sup> edición (LEG, Saint Paul, 2016), págs. 102-103; A.U. Kannof, ‘Dueling Nationalities: Dual Citizenship, Dominant and Effective Nationality, and the Case of Anwar al-Aulaqi’, 25(3) *Emory International Law Review* (2011), pág. 1371 y siguientes. Ver también Informe Pellet, párrs. 13, 48-49, 54, 58, 60 y 68.

77. En contraposición con la postura que ha adoptado en los últimos tiempos, incluida la posición expresada en su Opinión Legal en el presente caso, el propio Profesor Schreuer, en una obra que escribió en 2008 conjuntamente con el Profesor Dolzer, sostuvo que “[l]os nacionales del estado receptor se encuentran en términos generales excluidos de la protección internacional incluso aunque tengan la nacionalidad de otro estado.”<sup>128</sup>

78. Como suele suceder con la doctrina en general, la misma no es unánime.<sup>129</sup> No obstante, la fórmula antes mencionada del Profesor Douglas fue citada en la Decisión sobre jurisdicción emitida en el caso *Serafin García Armas* en 2014 como parte de los argumentos en los que se basó la demandada,<sup>130</sup> si bien fue finalmente desestimada por el Tribunal sin mayor análisis. En dicho caso, el Tribunal adoptó la siguiente línea de razonamiento: (i) el principio de la nacionalidad efectiva y dominante solo se aplica a casos de protección diplomática como una de las reglas fundamentales de la protección diplomática; (ii) la reglas de protección diplomática no se aplican a las cuestiones de inversión.<sup>131</sup> Luego, el Tribunal directamente concluyó: “*Con base en ese razonamiento, el Tribunal desestimará el argumento de la Demandada sobre la aplicación del principio de nacionalidad efectiva y dominante en la interpretación y aplicación de los TBIs en general y, particularmente, del APPRP.*”<sup>132</sup>

79. El Profesor Schreuer sugiere que el razonamiento de mi anterior informe se encuentra casi exclusivamente basado en autoridades vinculadas con la protección diplomática y los procedimientos entre Estados.<sup>133</sup> Dicha presunción parece basarse en una incorrecta interpretación de las posturas y razonamientos que he desarrollado.<sup>134</sup> De ningún modo he sostenido que las reglas de protección diplomática se aplican a los contextos de

---

<sup>128</sup> R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford University Press, 2008), pág. 48 (traducción libre).

<sup>129</sup> Ver por ej. C. Schreuer, “Nationality of Investors: Legitimate Restrictions vs. Business Interests”, 24(2) *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* (2009), pág. 522; J.E. Anzola, ‘Dual Nationality in Investment Arbitration: The Case of Venezuela’, 2 *Transnational Dispute Management* (2016). Otros autores parecen adoptar una posición con mayores matices: ver por ej. M. Casas, ‘Nationalities of Convenience, Personal Jurisdiction, and Access to Investor-State Dispute Settlement’, 49(1) *Journal of International Law and Politics* (2016), págs. 92-96, 105-106; E. Paloma-Treves, ‘Investment Treaty Arbitration: Dual Nationals are Now Welcome: A Way Out of ICSID’s Dual Nationality Exclusion’, 49(2) *Journal of International Law and Politics* (2017), págs. 617-618.

<sup>130</sup> CNUDMI, Decisión sobre jurisdicción, 15 de diciembre de 2014, *Serafin García Armas y Karina García Gruber c. Venezuela*, Caso CPA N.º 2013-3, párr. 117.

<sup>131</sup> *Ibid.*, párrs. 167-173.

<sup>132</sup> *Ibid.*, párr. 174.

<sup>133</sup> Opinión de Schreuer, párrs. 27-28.

<sup>134</sup> Informe Pellet, párrs. 43-53 y 61 entre otros.

inversión. Lo que señalé es que el principio de la “nacionalidad efectiva” según fuera definido en el caso *Nottebohm* ejerció influencia en el ulterior desarrollo del principio de la “nacionalidad dominante” en un contexto de casos en materia de inversión.<sup>135</sup> La distinción se puede observar claramente en el párr. 56 de mi anterior informe, que expresamente distingue los casos de protección diplomática del contexto de las inversiones internacionales.

80. En efecto, tal como lo confirma el análisis precedente de la jurisprudencia, el principio de la nacionalidad efectiva y dominante no se encuentra necesariamente limitado a contextos de protección diplomática. Se ha desarrollado en dicho contexto, pero puede también resultar relevante en otros contextos (incluyendo los contextos de inversión) dado que con el tiempo ha adquirido autonomía conceptual como parte del derecho internacional consuetudinario.<sup>136</sup>

81. El Proyecto de Artículos de la CDI sobre protección diplomática de 2006 aclara la articulación entre las reglas de protección diplomática y el derecho internacional de las inversiones y confirma que no se excluyen mutuamente. El Proyecto de artículo 17 (Normas especiales de derecho internacional) dispone: “El presente proyecto de artículos no se aplica en la medida en que sea incompatible con normas especiales de derecho internacional, tales como disposiciones de tratados relativas a la protección de las inversiones”.<sup>137</sup> Sin embargo, el párrafo 3 del comentario al proyecto de conclusión 17 aclara que “[el] texto de la disposición dice que el proyecto de artículos no se aplica ‘*en la medida en que*’ sea incompatible con las disposiciones de un tratado bilateral sobre inversiones. En la medida en que el proyecto de artículos sea compatible con el tratado de que se trate, continúa aplicándose”.<sup>138</sup> En consecuencia, aplicar las normas desarrolladas en un comienzo en el contexto de la protección diplomática no equivale a introducir el régimen de protección diplomática en el ámbito del derecho internacional de las inversiones por la puerta de atrás de la interpretación de los tratados. Dichas normas desarrolladas en un comienzo en el contexto de la protección diplomática solo quedan descartadas en la medida en que sean contrarias a las disposiciones pertinentes del TBI. Contrariamente a lo señalado por el Profesor Schreuer,<sup>139</sup>

---

<sup>135</sup> *Ibid.*, párrs. 48-49.

<sup>136</sup> El Profesor Schreuer tiene una postura contraria: ver Opinión de Schreuer, párr. 44.

<sup>137</sup> *Anuario de la CDI, 2006*, vol. II(2), pág. 56.

<sup>138</sup> *Ibid.*

<sup>139</sup> Ver Opinión de Schreuer, párrs. 34 o 43-45. Ver también CNUDMI, Decisión sobre jurisdicción, 15 de diciembre de 2014, *Serafin García Armas y Karina García Gruber c. Venezuela*, Caso CPA N.º 2013-3, párr. 173.

no existe una alternativa exclusiva entre ambos regímenes, sino en su lugar una relación de subsidiariedad/complementariedad entre ellos. Por el contrario, interpretar *teniendo en cuenta* cuando el sentido corriente de los términos no es inequívoco no equivale a *modificar el significado*.

82. Todos los casos citados por el Profesor Schreuer<sup>140</sup> que comparan los sistemas de reglas del derecho de inversiones y de protección diplomática parecen hacerlo desde la perspectiva del recurso directo por parte del inversor en contraposición con la naturaleza interestatal de la protección diplomática. Dichos casos no se refieren a inversores que ostentan la doble nacionalidad y poseen la nacionalidad del Estado demandado.

83. En resumen, el hecho de que el principio de la nacionalidad efectiva y dominante forme parte de las reglas sobre protección diplomática no significa que el mismo no pueda aplicarse en otras áreas del derecho internacional. Su relevancia primaria en el ámbito de la protección diplomática no excluye su relevancia potencial en otras áreas.<sup>141</sup> En este sentido, el comentario al proyecto de artículo 7 del Proyecto de artículos de la CDI sobre protección diplomática de 2006 correctamente señala la contribución del Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU. a la consolidación de la regla:<sup>142</sup> ello constituye prueba de que la misma no se limita a casos de protección diplomática.

84. En aquellos casos de doble nacionalidad en los que el demandante no posee la nacionalidad del Estado demandado, el test de la nacionalidad efectiva podría resultar suficiente. Por el contrario, en un caso en que el demandante posee la nacionalidad de ambos Estados partes del TBI, la jurisdicción del tribunal queda excluida, lo cual se aplica aún con mayor fuerza cuando la nacionalidad dominante del inversor es aquella del Estado receptor de la inversión.

85. En el presente caso, si bien la mayoría de los Demandantes efectivamente poseía la nacionalidad española en los momentos relevantes (cuando argumentaron que se configuró un incumplimiento del tratado en 2010, cuando se presentó la solicitud en 2012, pero también al momento en que se realizó al menos parte de la inversión a partir de la década

---

<sup>140</sup> Opinión de Schreuer, párrs. 35-41.

<sup>141</sup> El Profesor Schreuer adopta la posición contraria: ver Opinión de Schreuer, párr. 71 y siguientes.

<sup>142</sup> *Anuario de la CDI, 2006*, vol. II(2), pág. 37 (párr. 3 del comentario al proyecto de conclusión 7).

de 1970), dicha nacionalidad no era efectiva, y mucho menos dominante. A excepción del Sr. Luis García Armas —quien no obstante vivía en Venezuela en los momentos relevantes— los inversores tenían la nacionalidad venezolana en los momentos relevantes, vivían en Venezuela desde antes del inicio de la inversión y realizaron inversiones utilizando sus nacionalidades venezolanas a través de los años. Por lo tanto, su nacionalidad española no ostenta ningún vínculo material con la inversión ni tiene relevancia para la misma. En este sentido, el ampararse en la nacionalidad española nominal configura un abuso de derechos y de proceso.

## CONCLUSIÓN

86. A partir de las consideraciones precedentes y de mi informe previo,<sup>143</sup> queda claro que la interpretación de la definición de inversor bajo el Artículo I(1)(a) del TBI de 1995 necesariamente excluye a los doble nacionales en general,<sup>144</sup> aplicándose ello aún con mayor fuerza a los doble nacionales que poseen la nacionalidad dominante del Estado de inversión. Esta conclusión resulta inevitable cuando se aplican correctamente las reglas de Viena sobre interpretación de los tratados, tal como lo exige el derecho internacional. Las reglas de Viena deben aplicarse como un todo (con la “regla general de interpretación” del artículo 31 como primer paso), lo cual significa que cada elemento debe encontrar una aplicación y que se deben excluir los métodos que solo favorezcan una determinada postura.

87. La exclusión de los doble nacionales que poseen la nacionalidad dominante del Estado de inversión surge de una interpretación de buena fe de los términos del artículo I(1)(a) del TBI, de acuerdo con su sentido corriente, considerados en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del TBI. Dicha exclusión queda también confirmada cuando se toman en cuenta las reglas contenidas en el artículo 31(3) de la CVDT, incluyendo toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. Como regla de derecho internacional consuetudinario, el principio de la nacionalidad efectiva y dominante forma parte de dichas normas.

---

<sup>143</sup> Informe Pellet, párr. 68.

<sup>144</sup> Tengo mis dudas de que, en términos más generales, los doble nacionales, en un caso como el presente, tengan legitimación para demandar a uno de sus Estados de nacionalidad; sin embargo, salvo el caso del Sr. Luis García Armas, la cuestión carece de relevancia en el presente caso.

88. Si bien la aplicación de la regla general da como resultado un sentido claro e inequívoco y no conduce a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable, los medios complementarios del artículo 32 de la CVDT pueden aún (si bien no existe una obligatoriedad) ser aplicados a fin de confirmar el sentido resultante de la aplicación de la regla general. En este caso, los trabajos preparatorios, como así también las circunstancias de la celebración del TBI, confirman el sentido obtenido a partir de la aplicación de la regla general.

89. Si bien el principio de la nacionalidad efectiva y dominante se desarrolló en el contexto de la protección diplomática y forma parte de sus elementos básicos, en la actualidad es sin dudas parte del derecho internacional consuetudinario y puede tener una aplicación más amplia, inclusive en otros contextos tales como el derecho internacional de las inversiones. En resumen, en aquellos casos de doble nacionalidad en los que el demandante no posee la nacionalidad del Estado demandado, el test de la nacionalidad efectiva podría resultar suficiente.<sup>145</sup> Por el contrario, en un caso en que el demandante posee la nacionalidad de ambos Estados partes del TBI, la jurisdicción del tribunal queda excluida, lo cual se aplica aún con mayor fuerza cuando la nacionalidad dominante del inversor es aquella del Estado receptor de la inversión.

90. Una vez establecidas las consideraciones precedentes, cabe destacar que el principio de la nacionalidad efectiva y dominante se aplica en el presente caso en dos aspectos.

91. En primer lugar, este principio consuetudinario se aplica a la interpretación del TBI de 1995 como parte de las normas pertinentes de derecho internacional aplicables en las relaciones entre las partes de acuerdo con el artículo 31(3)(c) de la VCLT, como se señaló con anterioridad. En este contexto, el principio se aplica a la interpretación de la definición de inversor bajo el artículo I(1)(a) con el efecto de excluir de la protección del TBI a aquellos doble nacionales que tienen la nacionalidad dominante del Estado de inversión.

---

<sup>145</sup> CIADI, Laudo, 26 de julio de 2001, *Olguín c. Paraguay*, donde el Tribunal exigió el carácter efectivo de la nacionalidad del inversor del Estado receptor y admitió que sus dos nacionalidades eran efectivas (párr. 61); Ver también R. Wisner, N. Gallus, 'Nationality Requirements in Investor-State Arbitration', 5 *The Journal of World Investment & Trade*, (2004), pág. 932.

92. En segundo lugar, el principio forma parte del derecho aplicable a la solución de diferencias que surjan del TBI. El artículo XI(4)(b) del TBI de 1995, en su referencia a las “reglas y principios de Derecho Internacional” como parte del derecho aplicable al arbitraje, tiene el efecto de incorporar por referencia el principio de la nacionalidad efectiva y dominante. En efecto, no existen motivos para restringir la aplicación del artículo XI(4) a la fase de fondo. Asimismo, cabe señalar que, como regla de derecho internacional consuetudinario, el principio de la nacionalidad efectiva y dominante continúa aplicándose a las relaciones entre las partes conjuntamente con el tratado, en la medida en que no sea expresamente derogado por el tratado. Por lo tanto, dado que el TBI de 1995 no dispone expresamente lo contrario, la interpretación y aplicación del artículo I(1)(a) deben conciliarse con el principio consuetudinario de la nacionalidad efectiva y dominante.

Emitido en París, el día 8 de marzo de 2018,

**[FIRMADO]**

Alain PELLET<sup>□</sup>  
Profesor Emérito, Université Paris Nanterre;  
ex Presidente, Comisión de Derecho Internacional de  
Naciones Unidas;  
Miembro, *Institut de Droit International*

---

\* Mi agradecimiento al Dr. Jean-Baptiste Merlin, por su ayuda en la elaboración del presente Informe.