

CAPÍTULO TERCERO

LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA (CNMF O MFNC) EN EL DERECHO DE LAS INVERSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El principio del trato de la nación más favorecida (TNMF) o un principio similar que obligue a los Estados a otorgar un tratamiento no menos favorable a terceros Estados respecto a otros, no existe como tal en el derecho internacional consuetudinario.⁵⁹² En principio, cualquier Estado es libre para otorgar o no un trato no menos favorable a otro Estado respecto al otorgado a terceros Estados; es decir, tanto a beneficiarlos o no. En este sentido, el trato de la nación más favorecida es un principio de no discriminación,⁵⁹³ que se otorga a través de la firma de tratados internacionales celebrados entre Estados soberanos. En palabras de la Corte Internacional de Justicia el propósito de las cláusulas de la nación más favorecida (CNMF o MFNC por sus siglas en inglés) es “establecer y mantener en todo momento igualdad fundamental sin discriminación entre todos los otros países involucrados”.⁵⁹⁴ Así, *grosso modo*, el fin originario de la CNMF contenida en tratados internacionales es asegurar que las partes involucradas se traten de la misma manera y otorguen un trato tan favorable como el que estas otorgan a terceras partes, de modo tal que exista un beneficio de las partes involucradas del trato más ventajoso otorgado a un tercero.

⁵⁹² Gazzini, Tarcisio, “The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment”, *JWIT*, vol. 8, nr. 5, octubre de 2007, pp. 691-716; Gazzini, Tarcisio, “General Principles of Law in the Field of Foreign Investment”, *JWIT*, vol. 10, nr. 1, febrero de 2009, pp. 103-119; Hillier, Timothy, *Principles of Public International Law*, 2a. ed., London-Sydney, 1999.

⁵⁹³ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de inversión*, cit., p. 172.

⁵⁹⁴ Traducción del autor para su cotejo con el original, “to establish and maintain at all times fundamental equality without discrimination among all of the countries concerned”, *Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France vs. United States of America)*, cit., p. 176 (192).

II. ORIGEN Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El origen de la CNMF es de carácter comercial y se remonta a los contratos comerciales celebrados en la Edad Media.⁵⁹⁵ El uso y alcance de la CNMF ha variado a través del tiempo dependiendo de la ideología que prevalezca en la economía y relaciones políticas internacionales en un momento determinado. Su primera aparición por escrito aparentemente fue en el Tratado celebrado entre Enrique V de Inglaterra y Johan Herzog de Burkund, celebrado el 17 de agosto de 1417 en Amiens.⁵⁹⁶ Resultado de dicho tratado fue que se garantizaba que los barcos ingleses anclaran sin peligro en los puertos flandeses (hoy Holanda) “de la misma forma en que lo hacían los franceses, los holandeses y los escoceses”.⁵⁹⁷

Diferentes tratados comerciales han incluido este tipo de cláusulas desde ese entonces.⁵⁹⁸ El propósito de estos tratados fue establecer los términos del comercio entre las diferentes naciones en una condición similar para permitir una competencia igualitaria. En este contexto, la función de la CNMF evolucionó bajo la influencia mercantilista a lo largo de los siglos XVII y XVIII. Durante este periodo la CNMF fue incluida en tratados comerciales destinados a salvaguardar un tratamiento preferencial acordado en tratados bilaterales.⁵⁹⁹ Este tipo de cláusulas se presentaron frecuentemente en los tratados de amistad, comercio y navegación (*friendship, commerce and navigation treaties* o FCN por su siglas en inglés), entre los que se encuentra el tratado entre Suecia y la Gran Bretaña de 1654.⁶⁰⁰ Después de la Segunda Guerra Mundial la inclusión del principio de la nación más

⁵⁹⁵ Schill, Stephan W., *op. cit.*, p. 496 (509); Chukwumerije, Okezie, *op. cit.*, 597 (608); United Nations, International Law Commission, “First Report on the Most-Favored Nation-Clause”, *cit.*, pp. 157 y ss.

⁵⁹⁶ Kramer, Stefan, *op. cit.*, p. 473 (478).

⁵⁹⁷ *Idem.*

⁵⁹⁸ Para obtener una visión detallada sobre el desarrollo histórico del principio de la nación más favorecida véase United Nations, International Law Commission, “First Report on the Most-Favored Nation-Clause”, *cit.*, p. 160.

⁵⁹⁹ Schill, Stephan W., *op. cit.*, p. 509.

⁶⁰⁰ Treaty of Peace and Commerce between Great Britain and Sweden, 11 de abril de 1654, BSP 1/691. El cual establece “The people, subjects and inhabitants of both confederates shall have, and enjoy in each other’s kingdoms, countries, lands, and dominions, as large and ample privileges, relations, liberties and immunities, as any other foreigner at present doth and hereafter shall enjoy”; véase también United Nations, International Law Commission, *Most-Favored-Nation Clause. Report of the Working Group*, A/CN.4/L.719, Ginebra, 20 de julio de 2007, párr. 3.

favorecida jugó un *rol* importante para el restablecimiento del orden económico mundial.⁶⁰¹

En 1947 el principio del trato de la nación más favorecida fue anclado como “principio fundamental” en el artículo I (1) del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).⁶⁰² El principio del TNMF también fue retomado por la fallida Carta de la Habana en 1948,⁶⁰³ la cual nunca entró en vigor debido, entre otras razones, a la oposición de los Estados Unidos con el argumento de que su formulación era demasiado vaga. Pero el posicionamiento más importante de este principio fue en el sistema de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1947⁶⁰⁴ retomado por el GATT 1994), el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS),⁶⁰⁵ y en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad

⁶⁰¹ Kurtz, Jürgen, “The MFN Standard and Foreign Investment. An Uneasy Fit?”, *JWIT*, vol. 5, nr. 6, 2004, p. 865.

⁶⁰² General Agreement on Tariffs and Trade, GATT, *cit.* Dicho precepto establece: artículo 1o. (1). Trato general de la nación más favorecida “...cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado”; González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de inversión*, *cit.*, p. 222.

⁶⁰³ United Nations Conference on Trade and Employment, held at Havana, Cuba from november 21, 1947, to march 24, 1948. Final Act and Related Documents, en lo sucesivo Carta de la Habana, http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/prevto_legal_e.htm, mayo de 2010. El artículo 16, nr. 1, de la Carta de la Habana contenía una cláusula general de trato de la nación más favorecida, a saber, “With respect to customs duties and charges of any kind imposed on or in connection with importation or exportation or imposed on the international transfer of payments for imports or exports, and with respect to the method of levying such duties and charges, and with respect to all rules and formalities in connection with importation and exportation, and with respect to all matters..., any advantage, favour, privilege or immunity granted by any Member to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for all other Member countries”.

⁶⁰⁴ Véase el artículo 1o., nr. 1 del GATT 1947. “*Trato general de la nación más favorecida*. 1. Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado”.

⁶⁰⁵ Véase GATS, artículos II (1) y XVI (2).

Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIPS por sus siglas en inglés).⁶⁰⁶ Como consecuencia de su creciente importancia no se ha dudado en nombrar a este principio, junto con el trato nacional, como uno de los “pilares” del orden económico mundial.⁶⁰⁷ En derecho comercial internacional (DCI) la CNMF garantiza cualquier beneficio a las partes si estas no lo habían previsto en el tratado base con el fin de liberalizar sus relaciones en el mismo sentido que el acordado con terceras partes.⁶⁰⁸ En DCI cuando existe una CNMF en el momento en que una de las partes involucradas otorga cierto beneficio a una tercera parte, este beneficio se transfiere de manera automática a la parte involucrada en desventaja a través del uso de la CNMF. La cláusula operará en principio en todas las materias contenidas dentro del ámbito de aplicación del tratado en cuestión, si este contiene una CNMF. En el caso concreto, el ámbito de aplicación se determinará a través de la formulación de la cláusula y el beneficio específico dependerá del derecho garantizado al tercer Estado. En el derecho de la inversión extranjera el TNMF no opera de forma automática como en el DCI. La discrepancia con la aplicación de la CNMF en el ámbito de las inversiones ha sido tal que la Comisión de Derecho Internacional ha vuelto a sentarse a la mesa para estudiar el desarrollo en este ámbito y reconocer que las resoluciones en inversión extranjera con que se cuenta hoy, no fueron tomadas en cuenta para sus trabajos realizados a finales de los años setenta que resultaron en el Proyecto de Artículos sobre las Cláusulas de la Nación más Favorecida (*Draft Articles on Most-Favored-Nation Clauses*)⁶⁰⁹ y, por lo tanto, es necesario su estudio y actualización.⁶¹⁰ Sin embargo, los trabajos realizados por la CDI son de gran relevancia pues, por un lado, encierran lo que hasta ese entonces había decidido la CPJI y la CIJ respecto a la CNMF, y por otro lado, desde su aparición, se han vuelto referencia obligada para un sinnúmero de deci-

⁶⁰⁶ Véase TRIPS artículo 4o. (1).

⁶⁰⁷ Véase Dolzer, Rudolf, *Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht*, Heidelberg *et al.*, Springer Verlag, 1985, p. 472, párr. 20; Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *op. cit.*, p. 186.

⁶⁰⁸ Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *op. cit.*, p. 186.

⁶⁰⁹ United Nations, International Law Commission, “Final Draft Articles on Most Favored Nation Clauses”, *YBILC*, vol. 2, parte 2, 30th session, 1978.

⁶¹⁰ United Nations. International Law Commission, *Most-Favored-Nation Clause*, *cit.*, p. 9, párr. 19; Dolzer, Rudolf, “Meistbegünstigungsklauseln in Investitionsschutzverträgen”, en Bröhmer, Jürgen (coord.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag*, Colonia, Alemania, Carl Heymanns Verlag, 2005, pp. 47-54; OECD, “Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law”, *Working Papers on International Investment*, núm. 2004/2, septiembre de 2004.

siones respecto a la aplicación de la CNMF por tribunales internacionales, como lo estudiaremos más adelante.⁶¹¹

III. EL TRATO DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA (TNMF) EN EL DERECHO DE LAS INVERSIONES

En el ámbito de la protección de las inversiones el principio del TNMF ha sido retomado desde el primer APPRI celebrado entre Alemania y Pakistán en 1959⁶¹² y se ha mantenido presente de manera constante en los más de 2800 APPRIs existentes en el mundo. El TNMF surge como un principio general de derecho internacional de las inversiones en el sentido de ser incluido en prácticamente todos los tratados internacionales de inversión.⁶¹³ Además, se trata de un estándar de protección relativo, esto es, el nivel de protección de este al inversor o a su inversión se define en función del trato que reciben otros inversores o inversiones. Como estándar relativo la CNMF dependerá de la conducta de un Estado en particular para determinar su ámbito de aplicación y alcance.⁶¹⁴ A pesar de la constante presencia de la CNMF en los APPRIs no podemos hablar de un modelo único de cláusula,⁶¹⁵ sino que podemos encontrar una gran variedad de ellas, unas más amplias que otras. No obstante esta disparidad podemos resaltar que la falta de homogeneidad en la redacción de las CNMF no afecta la eficacia

⁶¹¹ *Renta 4 S. V. S. A et al. vs. Russian Federation, SCC.No. 24/2007 (Spain/Russia BIT)*, Award on Preliminary Objections, 20 de marzo de 2009. También citado como caso *Renta 4 vs. Rusia, SCC*, decisión a la jurisdicción; *Wintershall vs. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, laudo, 8 de diciembre de 2008. También citado como caso *Wintershall vs. Argentina*, laudo, párrs. 167 y 188; caso *Bayindir vs. Pakistán, cit.*, decisión a la jurisdicción; *Maffezzini vs. España, cit.*, decisión a la jurisdicción. Véase capítulo tercero II.1.

⁶¹² APPRI Alemania-Pakistán de 1959, *cit.*, artículo 7o., primera oración, “If the legislation of either Party or international obligations existing at present or established hereafter between the Parties in addition to the present Treaty, result in a position entitling investments by nationals or companies of the other Party to *treatment more favourable than is provided for by the present Treaty*, such position shall not be affected by the present Treaty [énfasis añadido]”.

⁶¹³ Schill, Stephan W., *op. cit.*, p. 503; *cf.* Schwarzenberger, Georg, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, 1945, p. 241, quien asevera que “the difference between the most favoured-nation standard and any particular most-favored-nation-clause corresponds to that between principles and rules of international law. Accordingly issues surrounding MFN clauses are generally regarded as issues of general international law, in particular the law of the treaties”; Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *op. cit.*, p. 186; United Nations, International Law Commission, “Final Draft Articles on Most Favored Nation Clauses”, *cit.*, pp. 59-61.

⁶¹⁴ Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *op. cit.*, p. 186.

⁶¹⁵ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de inversión, cit.*, p. 172.

total de ellas.⁶¹⁶ Así, a menos que las partes contratantes de un AII en concreto hagan clara la intención de querer darle a la CNMF un sentido particular, es ampliamente aceptado que ligeras diferencias en la redacción de las cláusulas no alteran su función original.⁶¹⁷ Pero, ¿cuál es su función original? Para responder a esta pregunta, nos podemos remitir a lo estudiado y concluido por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas la cual señaló que la CNMF es una disposición en un tratado según la cual un Estado acuerda conferir a otra parte contratante un trato no menos favorable que aquel conferido a otra parte o tercer Estado.⁶¹⁸ Por tanto, podríamos asumir que la función original y fin último de la CNMF es conferir un trato no menos favorable al beneficiario de la CNMF respecto a terceros, en otras palabras, promover el principio de no discriminación entre Estados.⁶¹⁹

Como lo mencionamos en el punto anterior, en el ámbito de las inversiones extranjeras el TNMF no opera de la misma manera mecánica generalmente aceptada en el derecho comercial internacional.⁶²⁰ La razón es que no hablamos de un solo tratado base, con una redacción única, como sí es el caso del sistema de la OMC, sino que la CNMF contenida en los AII es diferente en cada uno de ellos, que a su vez regulan cierta cantidad de áreas sustantivas y adjetivas específicas, las cuales son similares, pero no iguales entre AIIs. Dicho de otro modo, la CNMF no opera de manera automática en el derecho de las inversiones extranjeras debido a que hablamos de acuerdos bilaterales diferentes que contienen CNMF distintas y como lo afirma González de Cossío, “cualquier discusión sobre su alcance comienza y termina con el texto relevante *in casu*”.⁶²¹

La CNMF se ha aplicado de manera tradicional a derechos sustantivos.⁶²² Pero qué sucede con los beneficios del trato respecto a derechos ad-

⁶¹⁶ Schill, Stephan W., *op. cit.*, p. 503; Faya Rodríguez, Alejandro, “The Most-favored-Nation Clause in International Investment Agreements”, *Journal of International Arbitration*, Países Bajos, Kluwer Law International, núm. 25 (1), 2008, p. 92; UNCTAD, *Most Favored Nation Treatment*, *cit.*, p. 6.

⁶¹⁷ Schill, Stephan W., *op. cit.*, p. 503; Méndez Silva, Ricardo, “Los principios del derecho de los tratados”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Nueva Serie, año III, no. 7, sección de artículos, 1970, p. 108. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=7>.

⁶¹⁸ United Nations, International Law Commission, *Most-Favoured-Nation Clause*, *cit.*, p. 3, párr. 3.

⁶¹⁹ United Nations, International Law Commission, “The Most-Favoured-Nation Clause (with commentaries)”, *YBILC*, vol. II, part two, 1978, p. 11.

⁶²⁰ Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *op. cit.*, p. 186.

⁶²¹ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de inversión*, *cit.*, p. 175.

⁶²² Véase por ejemplo *Rumeli Telekom A. S. vs. Kazakhstan*, *cit.*, award; *Parkerings-Compagniet AS vs. Lithuania*, *cit.*, award; *M. C. I. Power Group L. C. and New Turbine, Inc. vs. Ecuador*, *cit.*,

jetivos. Dicho de otro modo, ¿sería posible que el derecho que otorga la CNMF al beneficiario abarque tanto derechos sustantivos como derechos adjetivos? En concreto, ¿podrían atraerse disposiciones relativas a la solución de diferencias? Un número representativo de laudos arbitrales encabezados a partir del caso *Maffezini vs. España*⁶²³ ha abierto un nuevo paradigma de protección no utilizado con anterioridad. Se trata sobre si la protección y beneficios del uso de la CNMF contenida en un tratado base puede ser utilizada para obtener beneficios materiales contenidos en un tercer tratado por un inversor beneficiario de la CNMF. Es una discusión aún abierta que marca la pauta de una nueva interpretación de la CNMF, y por supuesto, existen posiciones encontradas respecto a dicha aplicación.⁶²⁴ Por ello, centraremos el estudio del presente capítulo en responder nuestra pregunta principal: ¿puede extenderse la protección de la cláusula de la nación más favorecida contenida en un AII a disposiciones relativas a la solución de controversias?

1. *La Comisión de Derecho Internacional y la CNMF*

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas⁶²⁵ se reunió a finales de los años sesenta para realizar trabajos preparatorios

award; *Bayindir vs. Pakistán*, cit., decisión a la jurisdicción; *Bayindir vs. Pakistán*, cit., laudo; *CMS vs. Argentina*, cit., laudo; *MTD vs. Chile*, cit., award, párrs. 100-104; *MTD vs. Chile*, cit., decision on annulment; *ADF vs. USA*, cit., award, párr. 194; *Pope & Talbot vs. Canadá*, cit., award on the merits of phase 2, párrs. 108-111 y 117; *Pope & Talbot vs. Canadá*, cit., award in respect of damages, párr. 12 y 66; *AAPL vs. Sri Lanka*, cit., final award, párr. 54; *Société Générale vs. The Dominican Republic*, cit., Award on Preliminary Objections to Jurisdiction. Para un acercamiento al análisis sobre la aplicación de la CNMF a derechos sustantivos véase UNCTAD, *Most-Favoured-Nation Treatment*, cit., pp. 58-66.

⁶²³ *Maffezini vs. España*, cit., decisión a la jurisdicción.

⁶²⁴ Herrera Ramírez, Viviana, “Efectos sorprendidos de la cláusula de la nación más favorecida (CNMF) en materia de inversiones extranjeras (Estudio de la jurisprudencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones – CIADI)”, *Revista Civilizar*, Colombia, Universidad Sergio Arboleda, vol. 9, núm. 16, enero-junio de 2009, pp. 41-56, <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/1002/100212247004.pdf>, junio de 2010; Hsu, Locknie, “MFN and Dispute Settlement”, *JWIT*, vol. 7, núm. 1, febrero de 2006, pp. 25-37.

⁶²⁵ Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (*International Law Commission, ILC*). La Comisión de Derecho Internacional fue establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1947 para promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. Está compuesta por 34 miembros que son elegidos por la Asamblea General para cubrir un periodo de cinco años. Estos miembros sesionan anualmente durante doce semanas. La mayor parte del trabajo de la Comisión involucra la preparación de proyectos en los temas de derecho internacional. Véase <http://www.un.org/law/ilc/index.htm>, abril de 2012.

respecto del significado y alcance de la CNMF y entre otras cosas, analizar las sentencias hasta entonces existentes respecto de la CNMF e intentar codificarlas y así, presentar un proyecto a la Asamblea General de las Naciones Unidas para celebrar un acuerdo multilateral al respecto.

Resultado de estos trabajos fue el Proyecto de Artículos sobre las Cláusulas de la Nación más Favorecida (Proyecto sobre las CNMF, en adelante), de 1978.⁶²⁶ Este Proyecto abstrajo los criterios utilizados por la CIJ de los casos más relevantes en materia de interpretación de la cláusula de la nación más favorecida existentes hasta entonces, los procesó y codificó; a saber, casos *Anglo Iranian*,⁶²⁷ *Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*,⁶²⁸ y el caso *Ambatielos*,⁶²⁹ entre otros.⁶³⁰ No obstante que la Asamblea General de las Naciones Unidas no impulsó el Proyecto de manera sustancial para convertirlo en un acuerdo multilateral, dicho Proyecto es utilizado en la práctica en la negociación de diversos tratados que incluyen dicho tratamiento, en ese contexto, se ha reconocido la relevancia de este y, por lo tanto, debe incluirse como referencia obligada en el análisis profundo de la CNMF y así lo haremos en el transcurso de la presente investigación.

Pues bien, la intención de la CDI fue estudiar a la cláusula de la nación más favorecida y al tratamiento de la nación más favorecida como una “institución legal” y no como una materia común y corriente dentro del derecho de los tratados.⁶³¹ Los artículos contenidos en el trabajo preparatorio permanecen como indicadores de práctica internacional y la *opinio juris* para la comprensión e interpretación de la CNMF en tratados internacio-

⁶²⁶ United Nations, International Law Commission, “Final Draft Articles on Most Favoured Nation Clauses”, *cit.*

⁶²⁷ *Anglo-Iranian Oil Company* (UK vs. Iran), Judgment, 1952, CIJ 109 (22 de julio). También citado como caso *Anglo-Iranian Oil Company*.

⁶²⁸ *Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco* (France vs. United States of America), *cit.*, p. 176.

⁶²⁹ *Caso Ambatielos* (Grecia vs. Reino Unido), Arbitration Commission, 06.03.1956, *ILR*, vol. 23, 1956, pp. 306 y ss. También citado como caso *Ambatielos*.

⁶³⁰ La CDI también analizó fallos emitidos por tribunales nacionales cuya información a detalle puede consultarse en United Nations, International Law Commission, “Decisions of national courts relating to the most-favoured-nation clause”, *YBILC*, vol. II, A/CN.4/269, 1973, pp. 117-153.

⁶³¹ United Nations, International Law Commission, *Most-Favored-Nation Clause. Report of the Working Group*, *cit.*, p. 6, párrs. 12 y 15. A pesar de lo anterior, para algunos Estados el Proyecto es visto como simples directrices, debido por un lado, a la falta de tratamiento adecuado del sistema de preferencias respecto de los países en desarrollo y además se alejó del debate sobre la construcción de un nuevo orden económico mundial. Debido a lo anterior, el Proyecto se quedó en el camino y no fue retomado por la Asamblea General de las Naciones Unidas para adoptar el Proyecto como convención internacional.

nales. El Proyecto comprende la utilización del tratamiento contenido en la CNMF desde los más diversos ángulos, en este sentido, no se limita al derecho de las inversiones, aunque por supuesto lo incluye.

Los artículos que comprenden el Proyecto consagran qué puede ser considerado como “significado ordinario” (*ordinary meaning*) de la CNMF en el sentido del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁶³² El Proyecto sobre las CNMF cuenta con 30 artículos referentes a la CNMF que encierran prácticamente todos los aspectos relativos a estas, incluidos temas como excepciones,⁶³³ terminación o suspensiones de los derechos.⁶³⁴ De especial relevancia para el presente serán los preceptos relativos a interpretación general de las CNMF.⁶³⁵

2. Definición y operación

A pesar de no existir una cláusula de la nación más favorecida estándar la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas define una cláusula de la nación más favorecida como “una disposición convencional por la cual un Estado contrae una obligación frente a otro Estado para otorgar trato de la nación más favorecida en una esfera de relaciones acordada”.⁶³⁶ El trato de la nación más favorecida (TNMF) es un estándar relativo de protección cuyos efectos dependerán, por así decirlo, de los avances jurídicos —que se trata justamente de condiciones más favorables— fuera del régimen del tratado base y contenidos en un tercer tratado, por ello, las CNMF contenidas en los tratados son denominadas como *drafting by reference*.⁶³⁷

⁶³² Schill, Stephan W., *op. cit.*, p. 518.

⁶³³ Artículo 23, “The MFNC in relation to treatment under a generalized system of preferences”; artículo 24, “The MFNC in relation to arrangements between developing States”; artículo 25, “The MFNC in relation to treatment extended to facilitate frontier traffic”; artículo 26, “The MFNC in relation to rights and facilities extended to a landlocked third State”; artículo 27, “Cases of State succession, State responsibility and outbreak of hostilities”; artículo 29, “provisions otherwise agreed”; artículo 30, “New rules of International law in favour of developing countries”, United Nations, International Law Commission, “Final Draft Articles on Most Favoured Nation Clauses”, *YBILC*, *cit.*

⁶³⁴ *Ibidem*, artículo 21, “Termination or suspension of rights under a most-favoured-nation clause”.

⁶³⁵ *Ibidem*, artículos 1o., 4o., 5o., 8o.-10, 20 y 28.

⁶³⁶ *Cfr.* orig., “Article 4. Most-favoured-nation-clause. A most-favoured-nation clause is a treaty provision whereby a State undertakes an obligation towards another State to accord most-favoured-nation treatment in an agreed sphere of relations”; United Nations, International Law Commission, “Final Draft Articles on Most Favoured Nation Clauses”, *cit.*, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/1_3_1978.pdf, abril de 2012.

⁶³⁷ Schwarzenberger, Georg, *op. cit.*, p. 243; Tsatsos, Aristidis, *Die Rechtsprechung der ICSID-Schiedsgerichte: Zwischen Homogenität und Heterogenität (Die Debatte über die Schaffung einer*

El TNMF es un tratamiento acordado por el Estado garante al Estado beneficiario, dirigido a personas o cosas en una relación determinada con ese Estado, trato que será no menos favorable que el extendido por el Estado garante a un tercer Estado o a personas o cosas en la misma relación con ese tercer Estado.⁶³⁸

A. Operación de la cláusula

Para comprender lo anterior la operación de la CNMF en derecho internacional presupone una relación de por lo menos tres Estados. El Estado “A” (Estado garante), entrará en una obligación *vis-à-vis* con el Estado “B” (Estado beneficiario) para extender derechos y beneficios garantizados en un contexto específico a un tercer Estado, al que llamaremos “C” (Estado referencia). La consecuencia de la CNMF en el tratado entre “A” y “B” es que el Estado “B” puede invocar y basarse en todos los beneficios que el Estado “A” ha garantizado *vis-à-vis* al Estado “C” siempre y cuando el beneficio garantizado esté dentro del ámbito de aplicación de la CNMF celebrada entre “A” y “B”. En este contexto, el tratado celebrado entre “A” y “B” será llamado el “tratado base” porque este contiene la base para incorporar condiciones más favorables garantizadas en un tratado firmado con un tercer Estado, al que llamaremos “tratado referencia”,⁶³⁹ a las relaciones convencionales celebradas entre “A” y “B”. El tratado firmado con un tercer Estado “C”, es decir, el tratado referencia, no modifica la relación entre “A” y “B” respecto del tratado celebrado entre ambas partes. Tampoco gobierna la relación entre ellas respecto al tratado base como derecho internacional aplicable. Así, el contenido del tratado celebrado con un tercer Estado “C” se torna vigente gracias a la CNMF contenida en el tratado base entre “A” y “B”. La CNMF por lo tanto, no rompe el efecto *inter partes* de los tratados internacionales.⁶⁴⁰

a. Redacción por referencia (*drafting by reference*)

En este sentido, el tratado celebrado con un tercer Estado, es decir, el tratado referencia, es incorporado “redacción por referencia” (*drafting by reference*) e *ipso iure* en la relación entre los Estados parte del tratado base, entre

ICSID-Berufungsinstanz, Alemania, juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2008, p. 91.

⁶³⁸ Artículo 5o. del “Final Draft Articles on Most Favoured Nation Clauses”, *YBILC*, *cit.*, p. 3.

⁶³⁹ Véase González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de inversión*, *cit.*, p. 172.

⁶⁴⁰ Schill, Stephan W., *op. cit.*, pp. 506-508.

“A” y “B”, sin ningún otro acto adicional de transformación. Por esta razón, las CNMF también han sido caracterizadas como *drafting by reference*. A través de la CNMF se efectúa una adaptación automática al tratado base sin necesidad de que las partes contratantes tengan que volver a la mesa de negociaciones con el fin de incorporar beneficios garantizados a terceros Estados. La CNMF impide de este modo al Estado garante establecer relaciones bilaterales con otros Estados que sean más preferentes con un tercer Estado y poner al Estado beneficiario en una relativa desventaja.⁶⁴¹

*b. Origen del beneficio limitado a una cláusula
en vigor – ratione temporis*

Es necesario dejar claro que el beneficio del TNMF que se pretenda incorporar al tratado base se origina únicamente de una CNMF en vigor existente entre el Estado garante y el Estado beneficiario, es decir, entre “A” y “B”. Así, tendremos la limitante temporal de la cláusula que también fue recogida por la CDI en el Proyecto prevista en su artículo 8o. (1) como sigue: “el derecho del Estado beneficiario al trato de la nación más favorecida surge únicamente de la cláusula de la nación más favorecida..., en vigor entre el Estado garante y el Estado beneficiario”.⁶⁴²

Un ejemplo de la aplicación temporal de dicha norma se presentó en el caso *Tecmed vs. España*.⁶⁴³ Esta controversia se suscitó con base en el APPRI México-España el cual contenía una cláusula de la nación más favorecida en su artículo 8o. (1). El caso involucró un confinamiento de residuos tóxicos ubicado en la ciudad de Hermosillo, Sonora, propiedad de Cytrar, S. A. de C. V., una subsidiaria de la empresa española Tecmed. En 1996 y 1997, el Instituto Nacional de Ecología (INE) otorgó a Cytrar autorizaciones para operar. Sin embargo, en noviembre de 1998 denegó la renovación de la autorización y ordenó el cierre definitivo del confinamiento. La empresa española demandó el pago de una indemnización de más de 75 millones de dólares. Tecmed ganó el caso, no obstante, el monto que recibió por concepto de indemnización de México fue de solo 7.5 millones de dólares. En su análisis, el tribunal arbitral tuvo que resolver la solicitud de la demandante relativa a la aplicación del APPRI México-España en vigor el 18 de diciembre de 1996

⁶⁴¹ Véase *Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco* (France vs. United States of America), *cit.*, pp. 190-192, 204 y 205.

⁶⁴² *Cfr.* orig., artículo 8o. (1) “the right of the beneficiary State to most-favoured-nation treatment arises only from the most-favoured-nation clause..., *in force* between the granting State and the beneficiary State”, “Final Draft Articles on Most Favoured Nation Clauses”, *cit.*, p. 3.

⁶⁴³ *Tecmed vs. México*, *cit.*, laudo.

a sucesos supuestamente violatorios acaecidos antes de la entrada en vigor del APPRI en cuestión. Además la demandante solicitó la aplicación de condiciones más favorables contenidas en el APPRI México-Austria (tratado referencia) en vigor al 29 de junio de 1998, el cual sí cubre controversias suscitadas antes de la entrada en vigor de este, a través de la CNMF contenida en el APPRI México-España, en otras palabras, solicitó su aplicación retroactiva a través de la CNMF. El tribunal rechazó la aplicación retroactiva del APPRI México-Austria y rechazó entrar al estudio del concepto de “irretroactividad”, al recalcar que el ámbito de aplicación de una norma, en este caso del APPRI México-Austria, no puede modificarse ni operar a través de la CNMF, al respecto apuntó:

No desconoce el Tribunal Arbitral que la demandante, amparándose en la decisión en el caso Emilio Agustín Maffezini y El Reino de España, invoca... el principio de la cláusula de la nación más favorecida consagrado en el artículo 8o. (1) del Acuerdo para lograr su aplicación retroactiva en vista del trato más favorable en relación con esa cuestión que le estaría deparado a un inversor austriaco bajo el imperio del Tratado bilateral de protección a las inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y Austria del 29 de junio de 1998. *El Tribunal Arbitral no entrará a analizar las disposiciones de este Tratado a la luz de dicho principio, pues estima que cuestiones vinculadas a la aplicación en el tiempo del Acuerdo, que en realidad conciernen más al ámbito temporal de aplicación de sus disposiciones sustantivas que a cuestiones de índole procesal o jurisdiccional*, por su trascendencia e importancia, integran el núcleo de cuestiones que deben presumirse como especialmente negociadas entre las partes contratantes y determinantes de su aceptación del Acuerdo, ya que atañen directamente, tanto la identificación del régimen sustantivo de protección aplicable al inversor extranjero y muy particularmente del contexto jurídico general —nacional o internacional— dentro del cual tal régimen opera, cuanto al acceso del inversor extranjero a las disposiciones sustantivas que forman tal régimen; y *no pueden*, por ende, verse desvirtuadas en su aplicación a través del principio de la cláusula de la nación más favorecida [énfasis añadido].⁶⁴⁴

c. El origen del beneficio nace de un acuerdo entre el Estado garante y el Estado beneficiario

Existe además la limitante *inter partes* de la CNMF, es decir, que el beneficio del trato de la nación más favorecida se dará entre el Estado garante y

⁶⁴⁴ No obstante lo anterior, el Tribunal aceptó contemplar hechos que acontecieron antes de la entrada en vigor del APPRI en cuestión vistos como un conjunto de hechos que sucedieron y se consumaron con el acto equivalente a la expropiación resultante. Véase caso *Tecmed vs. México*, cit., laudo, párr. 68.

el Estado beneficiario, es decir, entre “A” y “B”, en otras palabras, el origen del TNMF resulta de la CNMF celebrada entre “A” y “B”, no de la cláusula celebrada entre “B” y “C”. Si se pensara que el Tratado referencia —celebrado entre “B” y “C”— fuese el originario de los derechos del Estado beneficiario, se estaría en lo incorrecto y contravendría lo establecido en el artículo 36 (1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados relativo al efecto de los tratados a Estados no partes de un tratado en particular, que es *res inter alios acta*.

Al respecto la CIJ en el caso *Anglo-Iranian Oil Company*⁶⁴⁵ sentó el precedente para dicha regla como sigue:

The treaty containing the most-favoured-nation clause is the basic treaty [...]. It is this treaty which establishes the juridical link between the United Kingdom [Estado beneficiario] and a third-party treaty and confers upon that State the rights enjoyed by the third party. A third-party treaty, independent of and isolated from the basic treaty, cannot produce any legal effect as between the United Kingdom [Estado beneficiario] and Iran [Estado garante]: it is *res inter alios acta*.⁶⁴⁶

Lo dicho por la Corte intentaremos explicarlo como sigue: el tratado que contiene la cláusula de la nación más favorecida es el tratado base. Es este tratado el que establece el vínculo jurídico entre el Estado beneficiario “B” y un tratado referencia y otorga a ese Estado “B” los derechos de que goza la tercera parte “C”, a través de la CNMF contenida en el tratado base.⁶⁴⁷ Un tratado referencia, independiente y aislado del tratado base no puede producir ningún efecto legal entre las partes contratantes del tratado base, es decir, entre “A” y “B”, esto es: *res inter alios acta*. Dicho de otro modo, la relación entre “A” y “B” a través del tratado base, solo puede ser modificada por el tratado referencia celebrado entre “B” y “C”, si efectivamente existe el primero, pero la existencia de dicha relación es el vínculo jurídico relevante, sin él el tratado referencia no produciría efecto legal alguno sobre “A” y “B”.

⁶⁴⁵ *Anglo-Iranian Oil Company* (UK vs. Iran), ICJ, Judgment on preliminary objections, 22 de julio de 1952, general list, nr. 16. También citado como caso *Anglo-Iranian Oil Company*.

⁶⁴⁶ *Ibidem*, p. 109.

⁶⁴⁷ *Idem*, *cf.* orig., “the treaty containing the most-favoured-nation clause is the basic treaty... It is this treaty which establishes the juridical link between the United Kingdom [Estado beneficiario] and a third-party treaty and confers upon that State the rights enjoyed by the third party. A third-party treaty, independent of and isolated from the basic treaty, cannot produce any legal effect as between the United Kingdom [Estado beneficiario] and Iran [Estado garante]: it is *res inter alios acta*”.

B. *Extensión de los beneficios*

La extensión de los beneficios del tratamiento de la CNMF puede aplicarse a personas o a cosas, siempre y cuando el Estado garante y el Estado beneficiario así lo hayan acordado en una relación determinada, es decir, en el AII concreto. Dicha extensión del tratamiento dependerá directamente de lo pactado entre el Estado garante y el tercer Estado, en otras palabras, el Estado beneficiario únicamente podrá reclamar la atracción de ciertos derechos o beneficios al Estado garante en la medida en la que el segundo los haya extendido a un tercer Estado, a sus personas o cosas en una relación similar a la existente entre el Estado garante y el Estado beneficiario. Encontramos pues, que los beneficios otorgados por la aplicación de la CNMF no son ilimitados.⁶⁴⁸

3. *Ámbito de aplicación – el principio ejusdem generis*

A pesar de que las CNMF contenidas en los AII constituyen obligaciones entre Estados, ellas extienden automáticamente el trato más favorable a los inversores respectivos en el contexto del AII específico. Un inversor protegido por un APPRI determinado que contenga una CNMF puede, por lo tanto, invocar los beneficios garantizados a nacionales de una tercera parte cubiertos por un tercer APPRI celebrado entre el Estado anfitrión y un tercer Estado e incorporar dichos beneficios en la relación entre el Estado garante y el Estado beneficiario.⁶⁴⁹ Sin embargo, la incorporación de beneficios al tratado base no opera de manera automática, sino que existen ciertas limitantes. Estas se traducirían en que el tratado firmado con el

⁶⁴⁸ *Idem*.

⁶⁴⁹ Schill, Stephan W., *op. cit.*, p. 504; United Nations, International Law Commission, “Final Draft Articles on Most Favoured Nation Clauses”, *cit.*, art. 19 nr. 2; a este respecto Ricardo Méndez Silva afirma: “Hay tratados que producen efecto en relación a terceros, con base en la cláusula de la nación más favorecida pactada en un tratado anterior... Han existido dos posturas frente a esta cláusula: la posición estadounidense y la posición europea. La primera la concibe como condicional, lo que significa que la cláusula solamente se otorga en caso de que la contraparte brinde un beneficio igual, al otorgado al tercer Estado. La posición europea estima a la ‘cláusula de la nación más favorecida’ como incondicional. La consecuencia es que un Estado se obliga a extender los beneficios establecidos en forma pura y simple. No se supe- dita, como en la posición anterior a ninguna condición”. El Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Bruselas de 1936 señaló: “la cláusula de la nación más favorecida tiene carácter incondicional, salvo disposición expresa en contrario”, Méndez Silva, Ricardo, *op. cit.*, 108. Cabe mencionar que la postura estadounidense sobre la aplicación condicional de la CNMF ha sido superada; artículo 9o. (1). United Nations, International Law Commission, “Final Draft Articles on Most Favoured Nation Clauses”, *cit.*, p. 3.

tercer Estado debería, en principio, regular la misma materia (*subject matter*) que el tratado base, de otro modo, el estándar de tratamiento específico que pretende atraer la CNMF se volcará fuera de la materia contenida en el tratado base, y no será posible que dicho tratamiento sea de conformidad con “circunstancias similares” o “situaciones similares” a este.⁶⁵⁰ Bajo la CNMF el Estado beneficiario puede reclamar solo los derechos que se encuentran dentro de los límites de la misma materia de la cláusula o de su estándar de protección.⁶⁵¹ Además, dichos derechos se pueden extender a “personas y cosas” cubiertas por el estándar de la cláusula los cuales deben ser de la misma categoría (principio *ejusdem generis*).⁶⁵² Así, para determinar el ámbito de aplicación de una cláusula de la nación más favorecida debemos, en primera instancia, remitirnos al principio *ejusdem generis*. Dicho principio está embestido de una gran importancia y podríamos calificarlo como el corazón de la cláusula del TNMF, así como el tratado base y el tratado secundario representarían su columna vertebral. Sin este corazón el sentido de interpretación y aplicación de la cláusula no tendría sentido o sería indefinido.

El principio *ejusdem generis* o *eiudem generis* fue retomado en los artículos 9o. y 10 del Proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida como lo presentamos a continuación:

Artículo 9o. Alcance de derechos bajo la cláusula de la nación más favorecida

1. Bajo el ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida el Estado beneficiario adquiere, para sí o en beneficio de personas o cosas en una relación determinada con éste, solo aquellos derechos que recaen dentro de los límites de la materia de la cláusula.

2. El Estado beneficiario adquiere los derechos bajo el párrafo 1 únicamente respecto a personas o cosas que hayan sido especificadas en la cláusula o sean implícitas a su materia.

Artículo 10. Adquisición de derechos bajo la cláusula de la nación más favorecida

1. Bajo la cláusula de la nación más favorecida el Estado beneficiario adquiere el derecho al tratamiento de la nación más favorecida solo si el Estado garante extiende tratamiento a un tercer Estado dentro de los límites de la materia de la cláusula.

⁶⁵⁰ Ziegler, Andreas, “The Nascent International Law on Most Favoured-Nation (MFN) clauses in Bilateral Investment Treaties (BITs)”, *European Yearbook of International Economic Law 2010*, Berlín-Heidelberg, Springer-Verlag, 2010, pp. 89 y 90.

⁶⁵¹ UNCTAD, *Most-Favoured-Nation Treatment*, *cit.*, p. 24.

⁶⁵² Artículo 9o. (2). United Nations, International Law Commission, “Final Draft Articles on Most Favoured Nation Clauses”, *cit.*, p. 3; Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *op. cit.*, p. 74.

2. El Estado beneficiario adquiere derechos bajo el párrafo 1 respecto de personas o cosas en una determinada relación con éste, solo si ellos:

(a) Pertenecen a la misma categoría de personas o cosas como aquéllas en una determinada relación con un tercer Estado cuyo beneficio del tratamiento extendido a ellos por el Estado garante, y

(b) Tienen la misma relación con el Estado beneficiario que las personas o cosas referidas en el subpárrafo (a) tienen con el tercer Estado.⁶⁵³

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) explica la esencia de la operación de la regla *ejusdem generis* del modo siguiente: supongamos una cláusula de la nación más favorecida en un tratado comercial entre el Estado “A” y el Estado “B” por el que le otorga derecho al Estado “A” a exigir del Estado “B” el tratamiento que “B” otorga a un tercer Estado. Esto no significará que el Estado “A” tenga derecho a exigir del Estado “B” la extradición de un presunto criminal basado en un tercer acuerdo que el Estado “B” haya celebrado con un tercer Estado “C”. La razón radica en la intención de las partes. En principio la cláusula solo puede operar en lo relativo a la materia que los dos Estados han tenido en mente cuando ellos la insertaron en el tratado.⁶⁵⁴

El caso *Ambatielos*⁶⁵⁵ sentó la base aplicativa de la CNMF de conformidad con el principio *ejusdem generis*, el cual fue retomado por la CDI en los artículos 9o. y 10 del Proyecto anteriormente expuesto, según este, una CNMF debe extenderse a las materias reguladas en el tratado base. En palabras de la Comisión Arbitral del caso *Ambatielos* en 1956, la función del principio *ejusdem generis* debe entenderse como sigue: “La cláusula de la nación más favorecida únicamente puede atraer cuestiones que pertenezcan a la misma categoría de temas referidos en la propia cláusula”.⁶⁵⁶

En la práctica es muy difícil demostrar esto, pues presupone la igualdad y la comparabilidad de las materias a aplicar.⁶⁵⁷ Por ejemplo, en el caso *Ambatielos*, la Comisión de Arbitraje tuvo que decidir si la cláusula de la nación más favorecida que se refería a “todas las materias relativas al comercio y la

⁶⁵³ *Cfr.* orig. artículos 9o. y 10. United Nations, International Law Commission, “Final Draft Articles on Most Favoured Nation Clauses”, *cit.*, pp. 3 y 4.

⁶⁵⁴ United Nations, International Law Commission, “The Most-Favoured-Nation Clause (with commentaries)”, *cit.*, p. 27.

⁶⁵⁵ Caso *Ambatielos*, *cit.*, Comisión de Arbitraje, pp. 83-153.

⁶⁵⁶ *Ibidem*, p. 319, *cfr.* orig. “The most-favored-nation clause can only attract matters belonging to the same category of subject as that to which the clause itself relates”.

⁶⁵⁷ Dolzer, Rudolf y Myers, Terry, “After *Tecmed*: Most-Favored-Nation Clauses in Investment Protection Agreements”, *ICSID Review*, vol. 19, nr. 1, primavera de 2004, p. 50.

navegación (*all matters relating to commerce and navigation*)” podía extenderse a la administración de justicia (*administration of justice*). La Comisión de Arbitraje se remitió al principio *ejusdem generis*,⁶⁵⁸ al interpretarlo afirmó que:

Es cierto que la “administración de justicia”, vista de manera aislada es una materia distinta a “comercio y navegación”, pero esto no es necesariamente así cuando es vista en conexión con la protección de los derechos de los comerciantes. La protección de los derechos de los comerciantes naturalmente encuentra su ubicación entre las materias relacionadas con los tratados de comercio y navegación.

Por lo tanto, no puede argüirse que la administración de justicia, siempre y cuando esté relacionada con la protección de esos derechos, necesariamente deba ser excluida de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, cuando el segundo incluye ‘todas las materias relativas al comercio y navegación’. La cuestión únicamente puede ser determinada de conformidad con la intención de las partes contratantes y deducida de una razonable interpretación del Tratado.⁶⁵⁹

La interpretación de lo fallado en el caso *Ambatielos* ha tenido gran influencia en decisiones recientes relativas a la interpretación del principio *ejusdem generis*. La interpretación de este principio es, sin duda, pieza clave para determinar el ámbito de aplicación de la CNMF y así poder determinar si esta puede abarcar el marco jurisdiccional, de tal modo que puedan someterse determinadas pretensiones al arbitraje internacional del CIADI. Más adelante se analizará el caso *Ambatielos* y la interpretación que se ha dado a este y, por tanto, al principio *ejusdem generis* por diferentes tribunales arbitrales internacionales.⁶⁶⁰

4. *Trato o tratamiento más favorable*

Para poder exigir la aplicación del TNMF será necesario determinar si el tratamiento o trato que pretende atraerse es razonable y objetivamente comparable. No puede aplicarse la CNMF ni el TNMF de forma indiscriminada sino, por el contrario, el TNMF debe ser similar al trato otorgado en el tratado base. El TNMF exige pues que el Estado anfitrión no discrimine

⁶⁵⁸ Caso *Ambatielos*, *cit.*, Comisión de Arbitraje, pp. 106 y 107.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 107.

⁶⁶⁰ Los casos más relevantes al respecto son sin duda alguna: *Maffezini vs. España*, *cit.*, decisión a la jurisdicción; *Plama vs. Bulgaria*, *cit.*, decisión a la jurisdicción; *Siemens vs. Argentina*, *cit.*, laudo, 6 de febrero de 2007; *Salini vs. Jordania*, *cit.*, decisión a la jurisdicción; *Wintershall vs. Argentina*, *cit.*, laudo, párrs. 167 y 188.

mine *de jure* o *de facto* a un inversor o a sus inversiones basado en su nacionalidad.⁶⁶¹

En la mayoría de los AII se habla de un “trato” o “tratamiento” más favorable; ahora bien, ¿a qué se refiere realmente este término? y ¿cómo puede determinarse si un trato o tratamiento es, en efecto, más favorable en el tratado referencia que el otorgado en el tratado base?

Realmente no ha sido nada fácil para las demandantes comprobar ante un tribunal arbitral que un trato sea más favorable que otro. De manera ejemplar tenemos los casos *Pope and Talbot vs. Canadá*,⁶⁶² *Parking vs. Lituania*,⁶⁶³ *Bayindir vs. Pakistán*⁶⁶⁴ y *Wintershall vs. Argentina*.⁶⁶⁵

En el caso *Pope & Talbot vs. Canadá* el tribunal arbitral sostuvo:

...al evaluar la implicación del contexto jurídico, el tribunal cree que, como primer paso, el trato otorgado a una inversión propiedad de un inversor protegido... debería ser comparado con aquél otorgado a una inversión doméstica en el mismo sector económico o de negocios.⁶⁶⁶

Una vez establecido que un inversor extranjero y uno doméstico están en el mismo sector económico o de negocios, la diferencia del tratamiento será presuntamente violada a menos que ellos tengan un nexo razonable con políticas gubernamentales racionales que (1) no distingan, en si o *de facto*, entre compañías propiedad extranjera o doméstica, y (2) de otro modo no socaven demasiado la liberalización de inversiones del TLCAN... una formulación enfocada en las circunstancias similares... requerirá dirigir cualquier diferencia en el tratamiento, exigiendo que ésta será justificada al mostrar que ésta resiste una relación razonable con disposiciones racionales no motivadas por preferencias a inversiones domésticas sobre inversiones de propiedad extranjera.⁶⁶⁷

⁶⁶¹ UNCTAD, *Most-Favoured-Nation Treatment*, cit., p. 26.

⁶⁶² *Pope & Talbot vs. Canadá*, cit., laudo fase 2. Dodge, William, “Award in Pope & Talbot, Inc. v. Government of Canada”, *Hastings Int’l & Comp. L. Rev.*, vol. 23, 1999-2000, pp. 431-446.

⁶⁶³ *Parkerings-Compagniet AS vs. Lithuania*, cit., award. También citado como caso *Parkerings vs. Lituania*, laudo.

⁶⁶⁴ *Bayindir vs. Pakistán*, cit., laudo.

⁶⁶⁵ *Wintershall vs. Argentina*, cit., laudo.

⁶⁶⁶ *Pope & Talbot vs. Canadá*, cit., laudo, fase 2, párr. 78, *cf.* orig. “In evaluating the implication of the legal context, the Tribunal believes that, as a first step, the treatment accorded a foreign owned investment protected... should be compared with that accorded domestic investment in the same business or economic sector”.

⁶⁶⁷ *Ibidem*, párrs. 78 y 79, *cf.* orig. “Once it is established that a foreign and domestic investor are in the same business or economic sector, “difference in treatment will presumptively violate [the principle] unless they have a reasonable nexus to rational government policies that (1) do not distinguish, on their face or *de facto*, between foreign-owned and domestic companies, and (2) do not otherwise unduly undermine the investment liberalizing

En el caso *Parkening vs. Lituania*⁶⁶⁸ el tribunal sostuvo que la comparación era necesaria con un inversor en “circunstancias similares”. En el supuesto de que inversores extranjeros compitan por el mismo proyecto de adquisición pública el tribunal debe comparar no solo a los dos inversores en el mismo sector económico sino también sus características en la propia propuesta del proyecto.⁶⁶⁹ Así lo determinó el tribunal arbitral:

...la discriminación debe determinarse al observar las circunstancias de los casos individuales. La discriminación envuelve tanto cuestiones de derecho, tales como la legislación que proporciona diferentes tratamientos en función de la ciudadanía, o cuestiones de *facto* donde un Estado trata excesivamente distinto a inversores que están en situaciones similares. Si la discriminación es inaceptable en opinión del tribunal no depende de requisitos subjetivos tales como mala fe o la intención dolosa del Estado: al menos el artículo IV del tratado no incluye dichos requisitos. De cualquier forma, para violar el derecho internacional, la discriminación debe ser irrazonable o carente de proporcionalidad, por ejemplo, debe ser fuera de lugar o excesiva para alcanzar de otro modo un objetivo legítimo del Estado. Una justificación objetiva podría justificar tratamientos diferenciados en casos similares. Sería necesario, en cada caso, evaluar las circunstancias exactas y el contexto.⁶⁷⁰

El tribunal agregó que la condición para que ocurra la violación de una CNMF es la existencia de un tratamiento diferente otorgado a otro inversor extranjero en una situación similar.⁶⁷¹ Por lo tanto, es necesaria una com-

of NAFTA... A formulation focusing on the like circumstances... will require addressing any difference in treatment, demanding that it be justified by showing that it bears a reasonable relationship to rational policies not motivated by preference of domestic over foreign-owned investment”.

⁶⁶⁸ *Parkenings vs. Lituania*, laudo.

⁶⁶⁹ UNCTAD, *Most-Favoured-Nation Treatment*, *cit.*, p. 63.

⁶⁷⁰ *Parkenings vs. Lituania*, laudo, párr. 368, *cf.* orig. “discrimination is to be ascertained by looking at the circumstances of the individual cases. Discrimination involves either issues of law, such as legislation affording different treatments in function of citizenship, or issues of fact where a State unduly treats differently investors who are in similar circumstances. Whether discrimination is objectionable does not in the opinion of this Tribunal depend on subjective requirements such as the bad faith or the malicious intent of the State: at least, Article IV of the Treaty does not include such requirements. However, to violate international law, discrimination must be unreasonable or lacking proportionality, for instance, it must be inapposite or excessive to achieve an otherwise legitimate objective of the State. An objective justification may justify differentiated treatments of similar cases. It would be necessary, in each case, to evaluate the exact circumstances and the context”.

⁶⁷¹ *Antoine Goetz and others vs. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB 95/3, award, 10 de febrero de 1999. También citado como caso *Goetz vs. Burundi*, laudo, párr. 121.

paración entre inversores en “circunstancias similares”. El tribunal sostuvo que con la finalidad de determinar si el inversor “A” estuvo en circunstancias similares con “B”, y por tanto el estándar de la NMF fue violado, deben cumplirse las tres condiciones siguientes:

- (1) “B” debe ser un inversor extranjero;
- (2) “B” y “A” deben encontrarse en el mismo sector económico o de negocios;
- (3) Ambos inversores deben ser tratados de manera distinta.

La diferencia del tratamiento será una medida tomada por el Estado, de tal suerte que ninguna disposición o propósito detrás de dicha medida aplicable a las inversiones justifique un tratamiento distinto. *A contrario sensu*, un tratamiento menos favorable es aceptable si un Estado legítima objetivamente el tratamiento diferenciado en relación con la inversión específica.⁶⁷²

Por otra parte, en el caso *Bayindir vs. Pakistán*⁶⁷³ el tribunal arbitral reiteró que la similitud y de ahí la comparabilidad entre inversores extranjeros debe examinarse al nivel de los términos contractuales y sus circunstancias específicas; por tanto, un requisito para comparar inversores semejantes constituye un elemento implícito del funcionamiento de una CNMF, el cual no debe ser explícitamente especificado en ella. Así fue el razonamiento del tribunal:

El tribunal debe, por tanto, revisar si la demandante probó su alegación de violación de la CNMF. Para este propósito, esta debió comenzar por aceptar la similitud de las situaciones que serán comparadas ...dicha similitud debe ser examinada al nivel de los términos contractuales y las circunstancias.⁶⁷⁴

El tribunal no está en la posición de proceder con ninguna comparación significativa entre las diferentes situaciones del caso. Para hacerlo sería necesario contar con suficientes datos específicos sobre los términos y las actuaciones de los diferentes contratos relacionados.⁶⁷⁵

⁶⁷² *Parkening vs. Lituania*, laudo, párrs. 369 y 371.

⁶⁷³ *Bayindir vs. Pakistán*, *cit.*, laudo.

⁶⁷⁴ *Ibidem*, párr. 416, *cfi.* orig. “The Tribunal must thus review whether the Claimant has substantiated its allegation of breach of the MFN clause. For this purpose, it must start assessing the similarity of the situations to be compared. As with national treatment, such similarity must be examined at the level of the contractual terms and circumstances”.

⁶⁷⁵ *Ibidem*, párr. 417, *cfi.* orig. “The Tribunal is in no position to proceed to any meaningful comparison between the different situations at issue. To do so it would have needed sufficiently specific data on the terms and the performance of the different contracts involved”.

El *test* de comparación opera de manera distinta dependiendo de lo solicitado por los inversores respecto a la CNMF. Cuando los demandantes requieren un mejor tratamiento, ya sea material o efectivo, como lo casos ya mencionados, los tribunales comparan el tratamiento entre dos inversores que se encuentran en circunstancias idénticas. Sin embargo, cuando los inversores demandantes invocan la CNMF con la finalidad de atraer beneficios sustantivos de un tercer tratado, los tribunales no realizan comparación alguna con ningún inversor específico, sino que quedan satisfechos con que el inversor califique como tal en virtud del tratado base.⁶⁷⁶ Por otra parte, para el supuesto de que la demandante solicite la aplicación de la CNMF, para atraer mejores beneficios adjetivos al tratado base contenidos en un tratado referencia, los tribunales arbitrales no han razonado a profundidad sobre el término “tratamiento más favorable”.

Un ejemplo claro se presentó en el caso *Wintershall vs. Argentina*⁶⁷⁷ donde el tribunal arbitral sostuvo que “una disposición de un tratado básico menos favorable que la de un tratado con un tercero no puede suponerse ni presumirse, sino que debe probarse”.⁶⁷⁸ En el caso *Wintershall vs. Argentina* la demandante intentó probar en una audiencia, de manera oral, que las disposiciones contenidas en el tratado referencia, a saber el APPRI Argentina-USA, artículo VII, eran más favorables que las contenidas en el tratado base en su artículo 10 (del APPRI Argentina-Alemania). Por su parte Argentina, la demandada, sostuvo que no había sido probado por Wintershall que el artículo VII del APPRI Argentina-USA fuera realmente más favorable que el artículo 10 del APPRI Argentina-Alemania, lo anterior suponiendo que la CNMF del artículo 3o. del APPRI referencia se aplicara a la disposición sobre solución de controversias contenida en el artículo 10 del APPRI Argentina-Alemania. En tal supuesto, el artículo VII del APPRI Argentina-USA no podría invocarse justificadamente. Argentina insistió en que acudir a un tribunal nacional para obtener medidas provisionales podría considerarse más eficaz que acudir en forma inmediata y directa al CIADI, en especial debido a que las medidas provisionales previstas en el Convenio de Washington no son más que simples recomendaciones. Argentina sostuvo demostrar que los recursos internos hubieran sido eficaces si se hubieran adoptado debidamente conforme al artículo 10 (2) del APPRI Argentina-Alemania. Por su parte, Wintershall afirmó *a contrario sensu*, acerca de la existencia de

⁶⁷⁶ Véase *Parkenings vs. Lituania*, laudo, párrs. 368, 369 y 396; *Bayindir vs. Pakistán*, laudo, 416 y 417; UNCTAD, *Most-Favoured-Nation Treatment*, cit., pp. 63-66.

⁶⁷⁷ *Wintershall vs. Argentina*, cit., laudo.

⁶⁷⁸ *Ibidem*, párr. 61.

diversos obstáculos que dificultan el logro de una reparación ante los tribunales argentinos. En este orden de ideas, en la audiencia relativa a las excepciones a la jurisdicción, el abogado de Argentina mencionó, y en parte respaldó documentalmente, diversos casos en donde los tribunales argentinos, incluida la Suprema Corte argentina, concedieron no únicamente a la generalidad de los inversores, sino también, en casos específicos, a la filial argentina propiedad de Wintershall pronta reparación mediante decisiones interlocutorias contrarias a las medidas tomadas por el gobierno argentino, como consecuencia del programa de emergencia financiera dictado por diversos decretos del gobierno argentino.⁶⁷⁹

Así, el tribunal arbitral sin realizar un análisis profundo del término “trato más favorable” decidió que “el Tribunal sostiene *pro tem* que, en esta etapa preliminar del procedimiento, esta petición adicional de la demandada es prematura, porque la petición requiere que cada una de las partes pruebe los fundamentos de hecho; la cuestión en realidad corresponde al fondo del caso”.⁶⁸⁰

Como vemos, es difícil para los tribunales arbitrales decidir, si en efecto, la disposición que pretende atraerse de un tratado referencia al tratado base es más benéfica que la contenida en el segundo.

Dependiendo de la formulación de la CNMF podemos hablar de una cláusula similar en amplitud de aplicación. Citaremos algunos ejemplos de cláusulas NMF que han sido tema controvertido debido a su formulación.

El primer ejemplo está contenido en el APPRI España-Argentina invocado en el famoso caso *Maffezini vs. España*,⁶⁸¹ cuyo artículo 4o. (2) prevé: “**En todas las materias regidas por el presente acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado** por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país [énfasis añadido]”.

Citamos además el artículo II contenido en el APPRI Argentina-USA, tratado del cual se ha querido obtener beneficios en diversos casos.⁶⁸² Dicho artículo establece:

Artículo II

1. Cada Parte **permitirá y tratará** las inversiones y sus actividades afines **de manera no menos favorable que la que otorga en situaciones**

⁶⁷⁹ *Ibidem*, párr. 62.

⁶⁸⁰ *Ibidem*, párr. 63.

⁶⁸¹ *Maffezini vs. España*, decisión a la jurisdicción.

⁶⁸² Por ejemplo, en los casos *Siemens vs. Argentina*, *Camuzzi vs. Argentina* y el *Wintershall vs. Argentina* se invocó la protección del APPRI Argentina-USA como tratado referencia.

similares a las *inversiones o actividades afines* de sus propios nacionales o sociedades, o a las de los nacionales o sociedades de terceros países, cualquiera que sea más favorable, sin perjuicio del derecho de cada Parte a hacer o mantener excepciones que correspondan a algunos de los sectores o materias que figuran en el Protocolo anexo al presente Tratado [énfasis añadido].

La CNMF contenida en el APPRI Alemania-Argentina en su artículo, 3o. (1) y (2) también fue utilizada en el caso *Siemens vs. Argentina*⁶⁸³ y *Wintershall vs. Argentina*,⁶⁸⁴ dicho artículo reza:

Artículo 3o.

(1) **Ninguna** de las Partes Contratantes **someterá** en su territorio a las *inversiones de nacionales o sociedades* de la otra Parte Contratante o a las *inversiones en las que mantengan participaciones los nacionales o sociedades* de la otra Parte Contratante, **a un trato** menos favorable **que el que se conceda** a las inversiones de los propios nacionales y sociedades o a las *inversiones de nacionales y sociedades de terceros Estados*.

(2) **Ninguna** de las Partes Contratantes **someterá** en su territorio a los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, *en cuanto se refiere a sus actividades relacionadas con las inversiones*, **a un trato menos favorable** que a sus propios nacionales y sociedades o a los nacionales y sociedades de terceros Estados [énfasis añadido].

Continuamos con la CNMF que se utilizó en el caso *Plama vs. Bulgaria*,⁶⁸⁵ se trata del APPRI Bulgaria-Chipre el cual prevé en su artículo 3o. (1): “Artículo 3o. (1): Cada Parte Contratante debe *aplicar a las inversiones en su territorio de inversores* de otra Parte Contratante **un tratamiento** el cual no será menos favorable que el **otorgado** a *inversiones de inversores* de terceros estados [énfasis añadido]”.⁶⁸⁶

Ahora, citaremos la CNMF contenida en el artículo 3o. del APPRI Argentina-Reino Unido, la cual fue invocada en el caso *Suez/AWG vs. Argentina*,⁶⁸⁷ la cual reza:

Artículo 3o. Trato nacional y cláusula de nación más favorecida

⁶⁸³ *Siemens vs. Argentina*, cit., decisión a la jurisdicción.

⁶⁸⁴ *Wintershall vs. Argentina*, cit., laudo.

⁶⁸⁵ *Plama vs. Bulgaria*, cit., decisión a la jurisdicción.

⁶⁸⁶ APPRI Bulgaria-Chipre, artículo 3o. (1). *Cfr.* orig. “Each Contracting Party shall apply to the investments in its territory by investors of the other Contracting Party a treatment which is not less favourable than that accorded to investments by investors of third states”.

⁶⁸⁷ *Suez/AWG vs. Argentina*, cit., decisión sobre jurisdicción, 3 de agosto de 2006.

(1) Ninguna Parte Contratante *someterá* en su territorio *a las inversiones* y las ganancias de inversores de la otra Parte Contratante **a un trato menos favorable que el otorgado a las inversiones y ganancias** de sus propios inversores o a las inversiones y ganancias de inversores de cualquier tercer Estado.

(2) Ninguna Parte Contratante *someterá* en su territorio *a los inversores* de la otra Parte Contratante, en cuanto se refiere a la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación de sus inversiones, a un trato menos favorable que el otorgado a sus propios inversores o a los inversores de cualquier tercer Estado [énfasis añadido].

5. Límites en la aplicación de la CNMF

En los acuerdos internacionales de inversión el sujeto beneficiario es el inversor y la materia es la inversión. Así, los beneficios adquiridos a través de la aplicación de la CNMF y del principio *ejusdem generis* dependerán del ámbito de aplicación del tratado. El TNMF aplicará al inversor y a sus inversiones dependiendo de su ámbito de aplicación y su formulación específica. De este modo, la CNMF estará limitada al tratamiento de personas y beneficiarios cubiertos por la definición del tratado.⁶⁸⁸ Otras limitantes se encontrarán de manera específica en el contenido mismo del tratado.

A. Límites basados en el ámbito de aplicación del tratado base

Mientras que el principio *ejusdem generis* limita la operación de la CNMF a incorporar un tratamiento más favorable respecto de la materia de la cláusula en sí, el ámbito de aplicación de la CNMF es regularmente restringido de manera indirecta por el ámbito de aplicación del tratado base, es decir, la CNMF solo podrá ser aplicable a aquellas materias reguladas en el tratado base.⁶⁸⁹ Lo anterior se presentará al considerar su materia (*ratione materiae*), su ámbito temporal de aplicación (*ratione temporis*) y su ámbito personal de aplicación (*ratione personae*). Por lo tanto, las CNMF contenidas en los más de 2800 APPRI no operarán, por lo general, para otorgar mejor tratamiento en materias como la inmunidad diplomática, aviación o beneficios fiscales o criminales.⁶⁹⁰ Al estar fuera del ámbito de aplicación mate-

⁶⁸⁸ UNCTAD, *Most-Favoured-Nation Treatment*, *cit.*, pp. 25 y 26.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, p. 24.

⁶⁹⁰ *Hochtief Aktiengesellschaft vs. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/31, decision on jurisdiction, 24 de octubre de 2011. También citado como caso *Hochtief vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción, párr. 76.

rial del tratado base este tipo de materias quedan excluidas del ámbito de aplicación de la CNMF y, de este modo, complementar la regla *ejusdem generis*.⁶⁹¹ El ámbito de aplicación del tratado base limitará el ámbito de aplicación de la CNMF, a menos que la cláusula sea excepcionalmente amplia y vaya explícitamente más allá de la materia del tratado. En otras palabras, una CNMF, en principio, no puede extender su ámbito de aplicación más allá del contenido del tratado base. De la misma forma, un inversor no estará posibilitado de extender el significado de “inversor” para los efectos de la CNMF contenida en el tratado base, incluso si en un tercer tratado existe una definición más amplia del concepto de inversor o inversiones protegidas (*ratione personae* o *ratione materiae*). Lo mismo sucede con el ámbito temporal de aplicación del tratado base.

En el caso *Tecmed vs. México*⁶⁹² el tribunal arbitral se enfrentó con la cuestión de la temporalidad del tratado base. El tribunal declinó la extensión de la aplicación temporal del APPRI México-España basado en la aplicación de la CNMF, contenida en su artículo 8o. (1), mediante la cual se pretendía invocar la protección contenida en el APPRI México-Austria. De un modo muy coherente el tribunal arbitral rechazó la utilización de la CNMF para extender la temporalidad del APPRI México-Austria al APPRI México-España pues estimó

...que las cuestiones vinculadas a la aplicación en el tiempo del Acuerdo, que en realidad conciernen más al ámbito temporal de aplicación de sus disposiciones sustantivas que a cuestiones de índole procesal o jurisdiccional, por su trascendencia e importancia, integran el núcleo de cuestiones que deben presumirse como especialmente negociadas entre las partes contratantes y determinantes de su aceptación del Acuerdo, ya que atañen directamente, tanto la identificación del régimen sustantivo de protección aplicable al inversor

⁶⁹¹ *Maffezini vs. España*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 56. “si un tratado con un tercero contiene disposiciones... más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio *ejusdem generis*. Naturalmente que el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia del tratado básico...; de otro modo se incurriría en contravención de dicho principio”; párr. 45, “la materia a que se aplica la cláusula es aquella efectivamente establecida por el tratado básico, se desprende que si estos aspectos se tratan más favorablemente en un tratado con un tercer país, entonces, en virtud de dicha cláusula, dicho tratamiento se extiende al beneficiario en el tratado básico. Si el tratado con el tercer país se refiere a una materia de que no trata el instrumento básico, dicha materia es *res inter alios acta* respecto del beneficiario de la cláusula”.

⁶⁹² *Tecmed vs. México*, *cit.*, laudo.

extranjero y muy particularmente del contexto jurídico general —nacional o internacional— dentro del cual tal régimen opera, cuanto al acceso del inversor extranjero a las disposiciones sustantivas que forman tal régimen; y no pueden, por ende, verse desvirtuadas en su aplicación a través del principio de la cláusula de la nación más favorecida.⁶⁹³

Debemos recalcar que cuando el tribunal se refiere al “núcleo de cuestiones que deben presumirse como especialmente negociadas entre las Partes Contratantes” se refiere al ámbito de aplicación general del tratado (*ratione personae, materiae, temporis, voluntatis*).⁶⁹⁴

B. Límites explícitos a la aplicación de la CNMF contenidos en el cuerpo de los acuerdos internacionales de inversión

Los límites explícitos a las CNMF son generalmente medios efectivos para acotar la amplitud de los AII y de la CNMF respecto al mismo. Estos límites explícitos pueden, por un lado, ser (a) contenidos en alguna parte del tratado con aplicación a todas las disposiciones del AII, y por otro (b) encontrarse como parte del contenido de la CNMF.

Un ejemplo del primer caso, es decir, el límite del beneficio de la CNMF contenido en alguna parte de tratado con aplicación a todas las disposiciones de él, podemos encontrarlo en el APPRI USA-Uruguay.⁶⁹⁵ Este APPRI contiene algunas cláusulas novedosas como la referente a la inversión y el medio ambiente contenida en su artículo 12, la relativa a la inversión y el trabajo contenida en su artículo 13, la protección fundamental regulada en su artículo 18 y revelación de información prevista en su artículo 19.

⁶⁹³ *Ibidem*, párr. 69.

⁶⁹⁴ Para una interpretación errónea sobre lo referido por el tribunal arbitral del caso *Tecmed. vs. México*, véase Schill, Stephan W., *op. cit.*, p. 524, Schill confunde el decir del tribunal arbitral y realiza un análisis de lo que según el autor es una diferenciación entre disposiciones en un tratado que considera especiales de las que no lo son. Lo que dejó claro es que efectivamente existen excepciones a la aplicación de la CNMF, las cuales limitarán la aplicación de la cláusula. Véase por ejemplo el artículo 1105 (1) en relación con el 1103 del TLCAN, los cuales fueron mencionados en el punto anterior; Naciones Unidas, Corte Internacional de Justicia, *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991*, cit. *Anglo-Iranian Oil Company (UK vs. Iran)*, cit., judgment on preliminary objections, pp. 33 y 34.

⁶⁹⁵ Tratado Relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República Oriental de Uruguay y los Estados Unidos de América, firmado el 4 de noviembre de 2005, en vigor el 1o. de noviembre 2006. Ley no. 17.943 del 4 de enero del 2006. También citado como APPRI Uruguay-USA.

En el caso del artículo 12⁶⁹⁶ y del 13⁶⁹⁷ establecen que es inapropiado fomentar inversión a costas de la reducción de disposiciones de carácter medioambiental y laboral (*labor laws*).

Respecto a la legislación medioambiental las partes realizan un reconocimiento expreso de tal situación y establecen en el propio APPRI en el artículo 12: “las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en su legislación ambiental interna”. Un reconocimiento similar es exteriorizado en el artículo 13 relativo al detrimento de la legislación laboral en *pro* de la inversión. Así lo establece el artículo 13 del APPRI que

⁶⁹⁶ APPRI Uruguay-USA, *cit.* Artículo 12, inversión y medio ambiente.

“1. Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en su legislación ambiental interna. En consecuencia, cada Parte procurará asegurar que no declina ni de otra forma deroga, ni ofrece declinar ni de otra forma derogar tal legislación de manera que se debilite o reduzca la protección otorgada por la misma como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio. Si una Parte considera que la otra Parte ha ofrecido tal incentivo, podrá solicitar consultas con la otra Parte y las dos Partes realizarán las consultas con el fin de evitarlo.

2. Nada de lo dispuesto en el presente Tratado se interpretará como un impedimento para las Partes de adoptar, mantener o hacer cumplir cualquier medida de otra forma compatible con este Tratado que consideren pertinente para asegurar que la actividad de inversiones en su territorio sea realizada en atención a los problemas ambientales”.

⁶⁹⁷ APPRI Uruguay-USA, *cit.* Artículo 13, inversión y legislación laboral.

“1. Las Partes reconocen que es inapropiado promover inversiones mediante el debilitamiento o reducción de la protección contempladas en su legislación laboral interna. En consecuencia, cada Parte procurará asegurar que no declinará ni derogará, ni ofrecerá declinar o derogar dicha legislación de manera que se debilite o reduzca su adhesión a los derechos laborales internacionalmente reconocidos señalados en el párrafo 2 como una forma de incentivar el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio. Si una Parte considera que la otra Parte ha ofrecido tal incentivo, podrá solicitar consultas con la otra Parte y ambas Partes realizarán consultas con el fin de evitarlo.

2. A los efectos del presente Artículo, legislación laboral significa las leyes o reglamentos (14) de cada Parte, o disposiciones de las mismas, que estén directamente relacionadas con los siguientes derechos laborales internacionalmente reconocidos:

- (a) derecho de asociación;
- (b) derecho de organización y negociación colectiva;
- (c) prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio;
- (d) leyes de protección laboral para niños y jóvenes, determinación de una edad mínima para el empleo de niños y prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil; y
- (e) condiciones aceptables de trabajo en lo que respecta a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional.

3. Nada de lo dispuesto en el presente Tratado se interpretará como un impedimento para las Partes de adoptar, mantener o hacer cumplir cualquier medida de otra forma compatible con este Tratado que considere pertinente para asegurar que la actividad de inversiones en su territorio sea realizada en atención a los problemas laborales”.

nos ocupa “las Partes reconocen que es inapropiado promover inversiones mediante el debilitamiento o reducción de la protección contempladas en su legislación laboral interna”.

En otro contexto, cuando se disminuyen dichos estándares por algunos Estados, principalmente en transición, en desarrollo o menos desarrollados es con el fin de atraer inversión extranjera, que podríamos compararla con una especie de competencia desleal, aunque en la realidad no sea equiparable a ella. En realidad los Estados que realizan estas prácticas son abusadores por una parte, al abatir sus responsabilidades sociales y medioambientales al mejor postor, y abusados, pues a mediano y largo plazo, dichos Estados sufrirán los estragos de los estándares abatidos.⁶⁹⁸

Por tanto, es importante el contenido del artículo 13 del APPRI Uruguay-USA pues reconoce los estándares mínimos de protección al trabajo reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT),⁶⁹⁹ aunque redactados de manera limitativa.⁷⁰⁰ Algunos APPRIs de última generación contienen este tipo de disposiciones, las cuales, aplicarán en su totalidad a todo el tratado y en caso de que un Estado intente invocar un trato más favorable en este rubro contenido en un tercer APPRI, le será negado. De igual forma sucede con el contenido del artículo 18,⁷⁰¹ el cual es altamente permeado por la influencia de los Estados Unidos al establecer que ninguna disposición del tratado será construida con el fin de (1) que cualquiera de las partes proporcione información que considere contraria a su seguridad

⁶⁹⁸ Véase propuestas para desarrollar un acuerdo que contiene medidas de protección sostenible en combinación con la inversión: Von Moltke, Konrad, *A Model International Investment Agreement for the Promotion of Sustainable Development*, Canadá, International Institute for Sustainable Development (iisd), noviembre de 2004; Peterson, Eric, *Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making*, Canadá, International Institute for Sustainable Development (iisd), noviembre de 2004.

⁶⁹⁹ International Labour Organization (ILO), por sus siglas en inglés. Existe un gran número de convenciones y recomendaciones relacionadas con el trabajo, por ello el carácter limitativo del contenido de derechos enlistados en el artículo 13 del APPRI Uruguay-USA puede ser altamente criticado. Para más información acerca de las normas internacionales del trabajo de la OIT puede consultarse <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm>, noviembre de 2011.

⁷⁰⁰ APPRI Uruguay-USA, *cit.*, artículo 13, nr. 3.

⁷⁰¹ *Ibidem*, artículo 18, seguridad esencial.

“Ninguna disposición de este Tratado se interpretará en el sentido de:

1. exigir a una Parte a proporcionar ni permitir el acceso a información cuya divulgación considere contraria a sus intereses esenciales en materia de seguridad, o
2. impedir a una Parte aplicar medidas que considere necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones con respecto al mantenimiento y restauración de la paz y la seguridad internacionales, o para proteger sus intereses esenciales en materia de seguridad”.

nacional ni tampoco (2) impedir a una parte la aplicación de medidas que esta considere necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones respecto del mantenimiento, restauración de la paz y seguridad internacional o protección de sus propios intereses de seguridad fundamental (*essential security*). El artículo 19⁷⁰² sigue el mismo corte al establecer que el tratado no deberá inferir en información considerada confidencial cuya revelación impida el cumplimiento de la ley, sea contraria al interés público o perjudique los intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas.

La regla *ejusdem generis* limita la operación de las CNMF para importar “trato más favorable” respecto de la misma materia de la propia cláusula, en el caso concreto, el trato equitativo de inversores extranjeros con diferentes nacionalidades. La regla *ejusdem generis* no requiere que una cláusula más favorable trate la misma materia que la disposición del tratado base que se supone ha sido invalidada.⁷⁰³ Consecuentemente, las excepciones al ámbito de aplicación de un AII no pueden ser invalidadas por la operación de una CNMF contenida en el mismo tratado.⁷⁰⁴

Las cláusulas de la nación más favorecida no están únicamente limitadas a atraer niveles de tratamiento más favorable acorde con inversiones de terceros Estados solo donde ellos puedan encontrarse dentro del ámbito de aplicación de una cláusula o protección en concreto. La CNMF puede atraer cualquier tratamiento más favorable extendido a las inversiones provenientes de un tercer Estado y se realiza de modo incondicional.⁷⁰⁵ Así lo decidió el Comité *ad hoc* en el caso *MTD vs. Chile*:

En el primer punto, el Comité se remite al párrafo 27 arriba mencionado a las dos disposiciones del APPRI que incorporan el estándar del trato justo y equitativo. Éste nota que el argumento de que la cláusula de la nación más favorecida del artículo 3o. (1) del APPRI⁷⁰⁶ importa un elemento adicional

⁷⁰² APPRI Uruguay-USA, *cit.*, artículo 19, divulgación de información.

“Ninguna disposición de este Tratado se interpretará en el sentido de exigir a una Parte que proporcione o permita el acceso a información cuya divulgación impediría hacer cumplir la ley o de otra forma fuera contraria al interés público, o puede perjudicar los intereses comerciales legítimos de empresas particulares, ya sea públicas o privadas”.

⁷⁰³ Schill, Stephan W., *op. cit.*, p. 522.

⁷⁰⁴ *Idem.*

⁷⁰⁵ *MTD vs. Chile, cit.*, decisión sobre anulación, párr. 64.

⁷⁰⁶ APPRI Chile-Dinamarca, artículo 3o. (1): “Investments made by investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party shall receive fair and equitable treatment, and no less favourable than that granted to the investments made by investors of any third State”.

del APPRI Croacia-Chile.⁷⁰⁷ El tribunal discutió este tema en los siguientes términos:

La pregunta para el tribunal es si las disposiciones del APPRI Croacia y el APPRI Dinamarca (celebrados con Chile) que tratan la obligación de conceder permisos subsecuentes a la aprobación de una inversión y al cumplimiento de las obligaciones contractuales, respectivamente, puede ser considerado parte del trato justo y equitativo.

El tribunal concluyó que, de conformidad con el APPRI, el estándar del trato justo y equitativo debe interpretarse de la forma más conducente para cumplir el objetivo del APPRI para proteger y crear condiciones favorables a las inversiones. El tribunal considera que incluir como parte de las protecciones del APPRI aquellas del artículo 3o. (1) del APPRI Dinamarca y el artículo 3 (3) y (4) del APPRI Croacia es en consonancia con este propósito. El tribunal está, por tanto, convencido de esta conclusión por el hecho de que las exclusiones en la CNMF son relativas al tratamiento tributario y cooperación regional, materias extrañas al APPRI pero que debido a la naturaleza general de la CNMF las Partes Contratantes consideraron prudente excluir. *A contrario sensu*, otras materias que pueden ser construidas para ser parte del tratamiento justo y equitativo del inversor serán cubiertas por la cláusula.⁷⁰⁸

⁷⁰⁷ APPRI Chile-Croacia, artículo 4o. (1) “Each Contracting Party shall extend fair and equitable treatment to investments made by investors of the other Contracting Party on its territory and shall ensure that the exercise of the right thus recognized shall not be hindered in practice”.

⁷⁰⁸ *MTD vs. Chile, cit.*, decisión sobre anulación, párr. 64; *MTD vs. Chile, cit.*, laudo, párrs. 103 y 104, *cfi*: orig. “On the first point, the Committee referred in paragraph 27 above to the two provisions of the BIT which incorporate the fair and equitable treatment standard. It noted the argument that the most-favoured-nation clause in Article 3(1) of the BIT imported an additional element from the Croatia-Chile BIT. The Tribunal discussed this issue in the following terms: The question for the Tribunal is whether the provisions of the Croatia BIT and the Denmark BIT which deal with the obligation to award permits subsequent to approval of an investment and to fulfillment of contractual obligations, respectively, can be considered to be part of fair and equitable treatment.

The Tribunal has concluded that, under the BIT, the fair and equitable standard of treatment has to be interpreted in the manner most conducive to fulfill the objective of the BIT to protect investments and create conditions favorable to investments. The Tribunal considers that to include as part of the protections of the BIT those included in Article 3(1) of the Denmark BIT and Article 3(3) and (4) [sic – this should read Article 4(1)] of the Croatia BIT is in consonance with this purpose. The Tribunal is further convinced of this conclusion by the fact that the exclusions in the MFN clause relate to tax treatment and regional cooperation, matters alien to the BIT but that, because of the general nature of the MFN clause, the Contracting Parties considered it prudent to exclude. *A contrario sensu*, other matters that can be construed to be part of the fair and equitable treatment of investors would be covered by the clause”.

Este pasaje parece confundir la noción del trato justo y equitativo requerido en la primera parte del artículo 3o. (1) del APPRI Chile-Malasia con el trato de la nación más favorecida.⁷⁰⁹

El caso de una limitación expresa contenida en la CNMF o una norma que acota expresamente la aplicación de la CNMF en cierto rubro se analizó en el caso *ADF vs. USA*,⁷¹⁰ el cual se desarrolló en el marco del TLCAN entre una empresa canadiense y Estados Unidos,⁷¹¹ al respecto, el inversor retomó la posición del tribunal arbitral del caso *Pope & Talbot vs. USA*⁷¹² e invocó disposiciones más favorables en materia de trato justo y equitativo contenidas en los APPRIs Albania-USA y Estonia-USA. ADF pretendía que se ampliara la estrecha aplicación de la cláusula relativa al trato justo y equitativo contenido en el artículo 1105 (1) del TLCAN. Sin embargo, el inversor no tomó en cuenta la nota interpretativa realizada por México, Canadá y Estados Unidos respecto a la interpretación de la materia expresamente excluida del alcance y operación de la CNMF contenida en el artículo 1103 del TLCAN. Así, el tribunal arbitral rechazó el argumento de la demandante porque la disputa relativa a una decisión de adquisición pública es una materia expresamente excluida del ámbito de aplicación y operación de la CNMF contenida en el artículo 1103 del TLCAN.⁷¹³

IV. REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE TRATADOS EN DERECHO INTERNACIONAL

La teoría sobre la interpretación de los tratados internacionales será una constante para poder resolver las cuestiones contenidas en la presente investigación. Al hablar de interpretación jurídica, interpretar quiere decir adscribir, atribuir un significado a un texto jurídico normativo, y esta atribución tiene lugar con base en argumentos particulares.⁷¹⁴ Sobre estos

⁷⁰⁹ *MTD vs. Chile, cit.*, decisión sobre anulación, párr. 64, *cf.* orig. “This passage appears to confuse the notion of fair and equitable treatment required by the first part of Article 3 (1) of the Malaysia-Chile BIT with the most-favoured-nation treatment”.

⁷¹⁰ *ADF vs. USA, cit.*, laudo.

⁷¹¹ Nos referimos a los Estados Unidos de América al citar Estados Unidos o USA.

⁷¹² *ADF vs. USA, cit.*, laudo, párr. 43.

⁷¹³ *Ibidem*, párr. 196; TLCAN, artículo 1108 (7) (a): “los artículos 1102, 1103 y 1107 no se aplican a: (a) las compras realizadas por una Parte o por una empresa del Estado”; Werner, Jacques, “Some Comments on the NAFTA Chapter 11 Case *ADF Group Inc. and United States of America*”, *JWIT*, vol. 4, nr. 1, 2003, pp. 113 y ss.

⁷¹⁴ Velluzzi, Vito, “Interpretación sistemática: ¿un concepto realmente útil? Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía*

argumentos o métodos interpretativos será que realizaremos las siguientes reflexiones.

En la historia del derecho internacional todos los tribunales internacionales se han confrontado inevitablemente con este tópico que es parte intrínseca de su actuar judicial para determinar la sustancia de sus fallos. El trabajo de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), y de su predecesora la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), se ha valido desde sus inicios de la interpretación de los tratados, tanto en los casos que ha resuelto como en las opiniones consultivas emitidas. La interpretación de los tratados es de vital importancia en la construcción de la jurisprudencia internacional que puede llegar a convertirse en costumbre internacional,⁷¹⁵ la cual deberá tomarse en cuenta y aplicarse por los tribunales internacionales.

1. *Las partes como interpretadores originales de los tratados*

No solo los tribunales internacionales son competentes para interpretar los tratados internacionales; en primera instancia serán las partes las competentes para interpretar un tratado que hayan acordado. Un ejemplo de ello son las notas interpretativas del TLCAN realizadas respecto de algunas de las disposiciones contenidas en su capítulo XI, por México, Estados Unidos y Canadá.⁷¹⁶ En todo momento las partes pueden realizar un acuerdo en lo concerniente a la interpretación del tratado. Este tipo de prácticas se presentan, por lo general, en el contexto y como resultado de las “prácticas subsecuentes de la aplicación de un tratado”, las cuales claramente deben establecer el acuerdo de todas las partes involucradas respecto a la interpretación de determinadas normas del tratado en concreto.⁷¹⁷

del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, Área de Filosofía del Derecho, núm. 21, vol. 1, 1998, p. 68.

⁷¹⁵ Siempre y cuando se cumplan con los requisitos para la conformación de la costumbre internacional: (a) duración; (b) uniformidad, consistencia de la práctica; (c) generalidad de la práctica y la (d) *opinio juris et necessitatis*. Véase Malanczuk, Peter, *Akenhurst's Modern Introduction to International Law*, 7a. ed., Nueva York, Routledge Chapman & Hall, 1997, pp. 39-47.

⁷¹⁶ TLCAN. Comisión de Libre Comercio del TLCAN, *Notas interpretativas de ciertas disposiciones del capítulo 11*, cit.

⁷¹⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, en vigor el 27 de enero de 1980. Viena, 23 de mayo de 1969, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, marzo de 2012, artículo 31 (3).

2. *La interpretación de los tratados derivada de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969*

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT o Convención de Viena, en adelante) recoge los principios interpretativos desarrollados hasta el momento de su celebración por la jurisprudencia de la CPJI y la CIJ en sus artículos 31 y 32. Así, citaremos en primera instancia la Regla de Interpretación derivada de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969:

31. Regla General de Interpretación.

I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Junto con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

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

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 equívoco u oscuro el sentido, o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Los preceptos enunciados con anterioridad siguen al pie de la letra los Proyectos de Artículos sobre el Derecho de los Tratados (*Draft Articles on the*

Law of Treaties)⁷¹⁸ elaborado por la CDI. Respecto a la aparente jerarquía de las fuentes que pudiera representar la combinación de los textos de ambos artículos, la CDI en los comentarios respecto al Proyecto añadió que la Comisión al definir el título del artículo 27 “Regla General de Interpretación” (*General Rule of Interpretation*) —cuyo equivalente es el artículo 31 de la Convención de Viena— en singular y al subrayar la conexión entre los párrafos primero y segundo, así como el tercero con los dos anteriores, pretendió que la suma de todos los elementos del artículo representarán un todo. Por tanto, al momento de trasladarlo al método interpretativo del artículo 31 de la Convención de Viena, podemos deducir que su correcta interpretación será la conjunción y comprobación de cada uno de sus párrafos, a los que llamaremos elementos, como un todo para lograr una interpretación íntegra. La CDI añade además que el artículo 27 del Borrador es titulado “Regla General de Interpretación” porque ella decidió enfatizar que el proceso de interpretación es una unidad y que las disposiciones del artículo conforman una Regla rigurosa integrada por varios elementos. Del mismo modo, el término “contexto” contenido en el segundo párrafo es designado para conectar todos los elementos de interpretación mencionados en este párrafo a la palabra “contexto” contenida en el párrafo primero y con ello incorporarlo a dicha disposición. De igual modo, la frase contenida en el tercer párrafo “junto con el contexto, habrá de tenerse en cuenta” (*there shall be taken into account, together with the context*) es designada para incorporar al párrafo primero los elementos de interpretación contenidos en el párrafo tercero. Si la disposición del párrafo cuarto es de distinto carácter a los tres anteriores, la palabra “especial” sirve para indicar su relación con la Regla del párrafo primero.⁷¹⁹ Así lo retomó el tribunal arbitral en el caso *Chevron vs. Ecuador*⁷²⁰ que al respecto estableció que

...el Tribunal debe, tal como lo requiere la “Regla General de Interpretación” del artículo 31 de la CVDI, interpretar las disposiciones de los ABIs de buena fe conforme al sentido corriente (*ordinary meaning*) que haya de atribuirse en su contexto y a la luz del objeto y propósito de los ABIs. El “contexto” que es referido en el párrafo primero del artículo 31 otorga una definición específica

⁷¹⁸ United Nations, International Law Commission, “Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries”, *YBILC*, vol. II, 1966, pp. 117 y 118, artículos 27 y 28, http://untreaty.un.org/ilc/texts/I_1.htm, noviembre de 2011.

⁷¹⁹ *Ibidem*, pp. 119 y 120.

⁷²⁰ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) vs. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL Arbitration Rules, APPRI Ecuador-USA, Partial Award on the Merits, March 30, 2010. También citado como caso *Chevron vs. Ecuador*, laudo.

en el segundo párrafo del artículo 31 y comprende tres elementos: (i) el texto del ABI, incluido el preámbulo; (ii) cualquier acuerdo entre las partes del ABI en conexión con su celebración; y (iii) cualquier instrumento que haya sido hecho por una de las partes del ABI en conexión con su celebración y aceptado por la otra parte del ABI. El “significado ordinario” ... aplicará a menos que se haya dado un significado especial a un término, siempre y cuando lo hayan previsto las partes del ABI, tal como lo establece el párrafo cuarto del artículo 31.⁷²¹

Con ello, y si trasladamos lo anterior a la interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena, notaremos que su aplicación, para el caso relevante, será un todo y por tanto, al momento de interpretar cierta norma contenida en un tratado determinado, deberemos tomar en cuenta y subsumir todos y cada uno de los elementos del artículo 31 de la Convención de Viena.

Respecto al artículo 32, Medios de Interpretación Complementarios de la Convención de Viena y su Equivalente, el artículo 28 del Borrador, la CDI agregó que la palabra “complementario” (*supplementary*) enfatiza que esta disposición no es un medio de interpretación alterno autónomo, sino un medio de ayuda a la Regla de Interpretación del artículo 31. Así, en los casos en que el sentido corriente de las palabras contenidas en un tratado sea claro y tenga conexión con el contexto del mismo, no habrá necesidad de acudir a otros medios de interpretación; *a contrario sensu*, en caso de no haberlos o de no estar claro el sentido corriente o el contexto no deje clara la intención de las partes, podrá acudirse a los *travaux préparatoires*.⁷²² Así lo confirmó la CIJ en su opinión consultiva en la que aclaró que no debe acudirse a los trabajos preparatorios en el caso de admisión de un Estado a las Naciones Unidas:

...la Corte considera que el texto es suficientemente claro; en consecuencia no siente que tendría que derivar de la práctica consistente de la Corte Permanente de Justicia Internacional, conforme a la cual no hay motivo para recurrir a los trabajos preparatorios si el texto de la convención es suficientemente claro por sí mismo.⁷²³

⁷²¹ *Ibidem*, párr. 161.

⁷²² United Nations, International Law Commission, “Draft articles on the Law of Treaties with commentaries”, *cit.*, p. 222.

⁷²³ “Condiciones de Admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas (artículo 4o. de la Carta)” - *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Art. 4 of the Charter)*, CIJ, opinión consultiva, 28 de mayo de 1948, I.C.J. Reports, 1948, p. 63, *cf. orig.* “The Court considers that the text is sufficiently clear; consequently it does not feel that it should deviate from the consistent practice of the Permanent Court of International Justice, according to which there is no occasion to resort to preparatory work if the text of a convention is sufficiently clear in itself”.

Por otra parte, el tribunal arbitral en el caso *Chevron vs. Ecuador* adoptó los Medios Complementarios de Interpretación del artículo 32 de la Convención de Viena y agregó

...el Tribunal puede recurrir a los Medios Complementarios de Interpretación (i) para confirmar el significado resultante de la aplicación del artículo 31 de la CV, o (ii) cuando la interpretación dada conforme al artículo 31 de la CV deje equívoco u oscuro, o conduzca a un resultado que es manifiestamente absurdo o irrazonable. Esos Medios Complementarios de Interpretación incluyen el trabajo preparatorio del tratado y las circunstancias de su celebración. Así, los Medios Complementarios de Interpretación del artículo 32 sólo se darán si las situaciones arriba mencionadas se producen.⁷²⁴

En este orden de ideas, deberá acudirse al artículo 32 de la Convención de Viena para utilizarse como un medio coadyuvante de interpretación de la Regla contenida en el artículo 31 de la Convención. Dicho medio coadyuvante incluye los trabajos preparatorios y el contexto al momento de su celebración y es permisible su uso con el propósito de confirmar el significado resultante de la aplicación del artículo 31 para determinar su significado, lo anterior, cuando la interpretación de conformidad con dicho precepto sea ambigua u oscura o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. Además, el uso de este artículo servirá para confirmar un significado que emerja como resultado de la interpretación textual.⁷²⁵ En conclusión, apreciamos que la Corte es flexible respecto a la utilización de los trabajos preparatorios según sea el caso concreto.⁷²⁶

3. *Los métodos interpretativos inmersos en la Regla de Interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena*

Si ha quedado claro que la Regla de Interpretación derivada del artículo 31 de la Convención de Viena es un todo, no nos habrá quedado

⁷²⁴ *Chevron vs. Ecuador*, cit., laudo, párr. 162.

⁷²⁵ "Competencia de la Asamblea General para Admitir a un Estado como Miembro de las Naciones Unidas", CIJ, opinión consultiva, 3 de marzo de 1950, *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991*, cit., caso no. 2, pp. 13 y 14; "Condiciones de Admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas (artículo 4o. de la Carta)", CIJ, opinión consultiva, 28 de mayo 1948, *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991*, cit., caso no. 2, pp. 5 y 6; Brownlie, Ian, *op. cit.*, p. 606.

⁷²⁶ Véase por ejemplo *Interpretation of the Convention of 1919 concerning Employment of Women during the Night*, PICJ, Advisory Opinion, 15 November 1932, series A/B50, p. 380; *Bankovic and Others vs. Belgium and 16 other Contracting States*, *European Court of Human Rights, Decision of admissibility, Application no. 52207/99 of 12 December 2001*, párrs. 63-65.

claro cuáles son los métodos interpretativos inmersos en esa Regla. Los métodos interpretativos derivados de la Convención de Viena se rigen por la doctrina del sentido corriente que encierra tres de ellos, (1) la llamada interpretación gramatical, textual o natural; (2) la interpretación sistemática, y (3) la interpretación teleológica. Principios que funcionarán como un todo jurídico encerrado en la doctrina del sentido ordinario y que se tratarán en los siguientes puntos. La doctrina del sentido corriente encierra además el principio de contemporaneidad, el *ejusdem generis* y el *expressio unius est exclusio alterius*. Según el principio de contemporaneidad el lenguaje del tratado debe ser interpretado a la luz de las reglas generales de derecho internacional en vigor ubicado en el momento de su celebración y a la luz del significado contemporáneo o actual de los términos empleados en este.⁷²⁷ Como ejemplo, tenemos el caso relativo a los derechos de los nacionales de los EU en Marruecos en el que el tribunal apuntó “es necesario tomar en cuenta el significado de la palabra ‘controversia’ en el momento en que los dos tratados fueron celebrados”.⁷²⁸ Por otra parte, la doctrina del sentido corriente (*ordinary meaning*) envuelve la premisa de que un significado diferente al del sentido corriente puede ser establecido, pero el partidario de un significado especial tendrá la carga de la prueba.⁷²⁹ Este principio encierra además (1) la doctrina *ejusdem generis* en el sentido de la presunción lógica de que palabras generales seguidas o quizá precedidas de palabras especiales son limitadas al género indicado por las palabras especiales, y (2) el principio *expressio unius est exclusio alterius* se refiere a que la mención expresa de un asunto excluye otros asuntos.⁷³⁰

A. *La aproximación textual: sentido natural y corriente* (natural and ordinary meaning)

La llamada interpretación textual, gramatical, natural e incluso literal, está recogida en el artículo 31 (1) de la Convención de Viena, la cual prevé que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado”. De esta frase cabe abstraer dos cuestiones: primera, no debe interpretarse lo que no requiera

⁷²⁷ Véase por ejemplo *Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco* (France vs. United States of America), *cit.*

⁷²⁸ *Ibidem*, p. 189.

⁷²⁹ Brownlie, Ian, *op. cit.*, p. 604.

⁷³⁰ *Idem.*

interpretación;⁷³¹ segunda, se debe dar sentido corriente, es decir natural, a los preceptos contenidos en un tratado.⁷³²

La Comisión y el Instituto de Derecho Internacional opinan que la intención de las partes expresada en el texto (*as expressed in the text*) del tratado es la mejor forma de saber la intención que estas tuvieron al respecto y saber sobre las materias que estas quisieron regular.⁷³³ El texto será la mejor guía sobre la última intención de las partes. Sin embargo, hay que ser precavidos en este punto pues el empleo aislado de la interpretación textual o literal podrá utilizarse en pocas ocasiones, ya que generalmente las controversias sobre interpretación de una norma son de una complejidad tal que la sola lectura de las disposiciones no daría solución a problemas interpretativos en la mayoría de los casos.⁷³⁴ Se estará en lo incorrecto al pensar que la función de la interpretación de los tratados consistirá en determinar que la intención de las partes es un proceso divorciado de la aplicación y desarrollo del derecho internacional consuetudinario.⁷³⁵ Lauterpacht, que es el primer *rapporteur* del Instituto de Derecho Internacional, opina que saber sobre la “intención de las partes” requiere una investigación más profunda, y “no es una tarea que pueda ser resuelta únicamente con los medios de interpretación lógica o gramatical”.⁷³⁶ La interpretación gramatical podrá utilizarse únicamente en casos simples que requieran labor interpretativa simple, tal es el caso de la opinión consultiva de la CPJI respecto a la interpretación de la Convención de 1919 relativa al trabajo de mujeres durante la noche.⁷³⁷

Otro ejemplo se presentó en el caso *Suez/AWG vs. Argentina*⁷³⁸ donde el tribunal arbitral señaló respecto a la interpretación textual de un tratado lo siguiente:

⁷³¹ Lauterpacht, Hersch, “Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties”, *Brit. Y.B. Int'l L* 1949, no. 26, Gran Bretaña, Oxford University Press, 1980, p. 48.

⁷³² Lauterpacht, Hersch, “The Development of the Law of International Organization by the Decisions of International Tribunals”, *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, Países Bajos, Sijthoff & Noordhoff, núm. IV, t. 152, 1976, p. 417.

⁷³³ Es necesario mencionar que también existe el enfoque alterno, el cual contempla la intención de las partes como una base independiente de interpretación.

⁷³⁴ Lauterpacht, Hersch, “The Development of the Law of International Organization by the Decisions of International Tribunals”, *cit.*, p. 418.

⁷³⁵ *Ibidem*, p. 27.

⁷³⁶ *Cfr.* Lauterpacht, Hersch, *The Development of International Law by the International Court*, Londres, Stevens & Sons Limited, 1958, p. 27.

⁷³⁷ Véase *Interpretation of the Convention of 1919 concerning Employment of Women during the Night*, *cit.*, pp. 365-390.

⁷³⁸ *Suez/AWG vs. Argentina*, *cit.*, decisión sobre jurisdicción.

...al interpretar estas disposiciones, el tribunal se inspira en los principios consagrados de interpretación de tratados, tal como se prevé en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en virtud de los cuales el texto de los tratados debe interpretarse de conformidad con el “sentido corriente”. Al respecto, se supone que el texto del tratado es expresión auténtica de las intenciones de las partes. El punto de partida para todo intento de interpretación es, por consiguiente, el texto mismo del tratado.⁷³⁹

B. *La interpretación sistemática*

La interpretación textual se complementa y profundiza mediante el análisis del sentido de la disposición analizada en relación con las demás disposiciones del todo del que forma parte (interpretación sistemática). La interpretación sistemática intenta obtener información sobre el significado de una disposición, considerándola dentro de un sistema o contexto, esto es, basándose en la posición que ocupa la disposición en cuestión dentro del sistema jurídico, dentro de la ley y dentro del capítulo correspondiente de la ley.⁷⁴⁰ El argumento de la coherencia es una de las expresiones típicas de la interpretación sistemática y se utiliza con el fin de hacer coherente el sistema jurídico, es decir, para prevenir, para evitar las antinomias y las contradicciones normativas en general.⁷⁴¹ El método sistemático es muy útil para evitar las contradicciones entre las diversas normas de un sistema jurídico y, para entenderlas a unas como complementarias de las otras.⁷⁴² El ordenamiento jurídico o sistema es un conjunto de normas válidas: al asumir que el derecho es un ordenamiento o sistema se quiere decir que el derecho “es algo ordenado, sistemático, no caótico y, precisamente por ello, unitario, tendencialmente coherente, y quizá, tendencialmente completo”.⁷⁴³

Este método interpretativo está inmerso en el artículo 31 de la Convención de Viena la hablar del “contexto”, el cual examinaremos a continuación.

⁷³⁹ *Ibidem*, párr. 54.

⁷⁴⁰ Bleckmann, Albert, *Europarecht*, Berlín, Heymanns, 1990, p. 127.

⁷⁴¹ Velluzzi, Vito, *op. cit.*, p. 72.

⁷⁴² Rojas Amandi, Víctor, “La interpretación del derecho de la Unión Europea”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 32, Sección de Previa, 2002, p. 500.

⁷⁴³ Velluzzi, Vito, *op. cit.*, pp. 72 y 73.

El “contexto” debe ser usado para la adecuada interpretación de un tratado

Respecto al término “contexto” incluido en el artículo 31 de la Convención de Viena el cual prevé “Un tratado deberá interpretarse... en el contexto de estos” se observa lo siguiente: el mismo precepto advierte lo que se entiende por contexto; para estos efectos comprenderá, además del (i) texto, incluidos su preámbulo y anexos;⁷⁴⁴ (ii) cualquier acuerdo o instrumento relacionado con el tratado y los documentos relacionados con su celebración concertados por las partes, y (iii) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al mismo.⁷⁴⁵ Para el caso concreto de los APPRI el contexto de ellos incluirá:

- (a) el texto del APPRI, incluido el preámbulo y anexos;
- (b) cualquier acuerdo entre las partes del APPRI en conexión con su celebración; y
- (c) cualquier instrumento realizado por una de las partes del APPRI en conexión con su celebración y aceptado por la otra parte del APPRI.⁷⁴⁶

La CIJ en múltiples ocasiones utilizó el contexto de un tratado para determinar el alcance interpretativo de una norma concreta, por ejemplo, en el *Caso Relativo a los Derechos de los Nacionales de EU en Marruecos* el tribunal sostuvo que “este principio (*economic liberty without any inequality*), en aplicación a Marruecos, ya estaba bien establecido, al ser reafirmado por la conferencia e insertado en el preámbulo del Acta de 1906”.⁷⁴⁷ En otra cuestión planteada en el mismo caso la CIJ afirmó sobre el acta de Algeciras que “la interpretación de las disposiciones del acta debe tomar en cuenta sus propósitos, los cuales son plasmados en el preámbulo”,⁷⁴⁸ además agregó que con el fin de aclarar la existencia de la jurisdicción consular o para confirmar los derechos o privilegios del régimen de capitulaciones derivados del contenido del acta de Algeciras “ni los trabajos preparatorios ni el *preámbulo* dan el mínimo indicio de tal intención [*cursiva añadida*]”.⁷⁴⁹

⁷⁴⁴ *Aguas del Tunari vs. Bolivia*, *cit.*, párrs. 239, 240, 242.

⁷⁴⁵ Véase el artículo 31 (2) de la Convención de Viena; Brownlie, Ian, *op. cit.*, p. 605.

⁷⁴⁶ *Chevron vs. Ecuador*, *cit.*, párr. 161.

⁷⁴⁷ *Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco* (France vs. United States of America), *cit.*, p. 184. El tribunal además explicó claramente el contexto del caso en la misma parte del fallo.

⁷⁴⁸ *Ibidem*, p. 197.

⁷⁴⁹ *Ibidem*, p. 198.

C. *La interpretación teleológica*

Al analizar la segunda parte del primer párrafo del artículo 31 de la Convención de Viena que prevé: “un tratado deberá interpretarse... en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” se desprende que el principio de sentido corriente (*ordinary meaning*) se rige por el principio de integración, lo cual denota que el significado de la norma debe emerger del contexto del tratado como un todo y a la luz de su objeto y fin. Por lo anterior se deduce que el objeto y fin del tratado será el elemento teleológico.

La interpretación teleológica, cuyo origen gramatical *telos* quiere decir fin, es un método de interpretación necesario para abstraer el sentir del legislador, es decir, de las partes, y determinar si el resultado de la interpretación gramatical y, en su caso, sistemático de la norma cumple con el objeto y fin que sirvió de razón a las partes para la emisión del tratado correspondiente.⁷⁵⁰

El legislador le dará determinada forma y contenido a la norma, traducida en un tratado internacional, y cuidará que su contenido incluya los objetivos que esta persigue y las soluciones que quiere alcanzar con la misma. En este sentido, la interpretación teleológica de una norma deberá orientarse hacia aquellas finalidades y metas que inspiran e iluminan a todas y cada una de sus cláusulas, como un todo orgánico y sistemático. La labor del juez o árbitro no consistirá en crear la norma porque esa tarea ya la habrán realizado las partes al celebrar el tratado, la labor del juez o árbitro será pues, crear la interpretación que contribuirá a darle vida a la ley o tratado internacional.⁷⁵¹ Rojas Amandi afirma que

...la determinación del objetivo de una ley mediante la interpretación teleológica, significa interpretación con base al objetivo relevante de un ordenamiento. Debido a que el sentido del objetivo de una ley se vincula con relaciones sociales que se encuentran inmersas en un acontecer histórico y evolutivo, se deben de considerar en una interpretación teleológica la evolución de las correspondientes relaciones de vida. Si entonces, la determinación del objetivo de la ley forma parte de la labor interpretativa, la consideración de la significación económica, política y social de la ley a ser interpretada, constituye una de las exigencias básicas de la aplicación del derecho.⁷⁵²

⁷⁵⁰ Rojas Amandi, Víctor, *op. cit.*, p. 501.

⁷⁵¹ Fontecilla, Rafael, “Los problemas”, *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, Chile, cuarta época, vol. III, años 1961-1963, núm 3, primera parte, http://www.anales-derecho.uchile.cl/CDA/an_der_completa/0,1363,SCID%253D7575%2526ISID%253D21,00.html, mayo de 2010.

⁷⁵² Rojas Amandi, Víctor, *op. cit.*, p. 501.

El intérprete de una norma debería entender mejor esta de lo que la entendieron sus creadores.

Los pensamientos del autor de la ley o tratado tienen necesariamente algunas lagunas; no pueden evitarse oscuridades y contradicciones, mientras que el intérprete, es decir, el juez o árbitro, tiene que inferir de la ley o tratado para cada caso concreto una decisión clara y sin contradicciones.⁷⁵³ Es por ello que en ocasiones el intérprete tiene que observar el efecto útil (*effet utile*) de la norma. En la interpretación teleológica resulta adecuado recurrir a los principios de “facultades implícitas” (*implied powers*) y de efecto útil de la norma; esto es, la interpretación se debe concentrar en la búsqueda de soluciones que hagan posible producir los efectos que los autores de la norma o tratado quisieron que se produjeran. En caso de ser necesario, el juez o árbitro debe buscar el significado del precepto más allá del texto escrito; dicho de otro modo, el juez o árbitro debe acudir a la llamada interpretación efectiva de la norma, también conocida como principio de efectividad, sin embargo, se requiere cautela para no caer en analogía, la cual no debe confundirse con la interpretación efectiva. En este sentido, la analogía supone la ausencia de la norma para poner en su lugar otra análoga, en cambio, con la interpretación efectiva no se pretende llenar el vacío del tratado, sino que sobre una norma existente, se extenderá su significado.

En la interpretación de los tratados, la CPJI y la CIJ han aplicado en múltiples ocasiones el principio de efectividad de las normas contenidas en los tratados. Por ejemplo, en la opinión consultiva de *Acquisition of Polish Nationality*⁷⁵⁴ la CPJI extendió la protección del Tratado de Minorías (*Minorities Treaty*) a personas que no eran nacionales polacos, en palabras de la Corte “si este no fuera el caso, el valor y esfera de aplicación del Tratado sería disminuido enormemente”.⁷⁵⁵ En este caso la Corte no decidió de conformidad con el sentido textual, ni con el principio de interpretación restrictiva. De igual forma en la opinión consultiva en *Minority Schools in Albania* la Corte se negó a dar un sentido literal a la interpretación de la cláusula que estipu-

⁷⁵³ Si no fuera así, no existirían problemas relacionados con la interpretación para determinar el alcance de una norma, y por tanto, no existirían razonamientos contrapuestos al respecto. Véase por ejemplo los casos *SGS vs. Pakistán* y *SGS vs. Filipinas* respecto del alcance de la “cláusula paraguas”. *SGS vs. Pakistán*, cit.; *SGS Société Generale de Surveillance S. A. vs. República de Filipinas*, ICSID Case No. ARB/02/6, decisión on jurisdiction, 29 de enero de 2004. También citado como caso *SGS vs. Filipinas*. Al analizar los dos casos anteriores nos confrontaremos además con un problema distinto, que será la falta de armonía de las decisiones arbitrales internacionales del CIADI, tema que trataremos más adelante.

⁷⁵⁴ *Acquisition of Polish Nationality*, PCIJ, series B, núm. 7, p. 17.

⁷⁵⁵ *Idem*. cfr. orig. “If this were not the case, the value and sphere of application of the Treaty would be greatly diminished”.

laba tratamiento equitativo y añadió que dar un sentido literal a la norma derivaría en “una interpretación cuyo resultado hubiera sido que la cláusula se convirtiera en un arma con la cual el Estado podría privar al régimen de minoría de una gran parte de su valor práctico”.⁷⁵⁶

También en el derecho comunitario los tribunales europeos le conceden gran valor a la interpretación teleológica la cual exige que sus normas sean interpretadas a la luz del propio objetivo del artículo, capítulo, título, parte y tratado en que se encuentren.⁷⁵⁷ Además, en la interpretación teleológica se ha considerado el carácter dinámico del derecho material comunitario que se encuentra orientado por la realización de ciertos objetivos de política económica.⁷⁵⁸

La CIJ, a su vez, ha utilizado para la interpretación de los tratados un sistema mixto, el cual no emerge únicamente de la interpretación textual o gramatical, sino de los tres métodos interpretativos de la Convención de Viena, a saber, el gramatical, el sistemático y el teleológico, aunque en ocasiones ha empleado algunos otros como el histórico y el restrictivo. Un ejemplo en el cual aplicó varios métodos interpretativos fue en el *Caso Relativo a los Derechos de los Nacionales de los EUA. en Marruecos* donde realizó un análisis interpretativo para determinar si el principio de “libertad económica sin ninguna desigualdad” era de carácter vinculante o no, al respecto añadió

...con el Tratado de Comercio con Gran Bretaña del 9 de diciembre de 1856, así como con los Tratados con España del 20 de noviembre de 1861, y con Alemania el 1o. de junio de 1890, el sultán de Marruecos garantizó ciertos derechos en materia comercial, incluidas las importaciones hacia Marruecos. *A estos Estados junto con otros Estados, incluidos los Estados Unidos, les fue garantizada igualdad de tratamiento en virtud de las cláusulas de la nación más favorecida en sus tratados con Marruecos. En la víspera de la Conferencia de Al-*

⁷⁵⁶ *Minority Schools in Albania*, PCIJ, series A/B, núm. 64, p. 182, *cfi*: orig. “an interpretation the result of which would have been that the clause would become a weapon by which the State could deprive the minority regime of a great part of its practical value”.

⁷⁵⁷ Como lo apunta Rojas Amandi “en particular se deben considerar los artículos introductorios de cada tratado... permitiendo considerar los principios generales y obligatorios cuyo ámbito de aplicación se extiende más allá del espectro de aquel tratado y que resultan decisivos para la interpretación de las disposiciones de detalle que le dan efecto. Cuando la intención de las partes no se haya establecido de manera explícita en los tratados y, en virtud de que los trabajos preparatorios de los tratados originales no se publicaron, la misma debe ser determinada a la luz de historia legislativa del cuerpo normativo a ser interpretado y a la luz del preámbulo, considerando las razones de su adopción”, *cfi*: Rojas Amandi, Víctor, *op. cit.*, pp. 501 y 502.

⁷⁵⁸ Beutler, B. *et al.*, *Die europäische Gemeinschaft: Rechtsordnung und Politik*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, p. 224.

*geciras... el principio de “libertad económica sin ninguna desigualdad” fue expresamente aceptado por Francia y Alemania en un intercambio de cartas del 8 de julio de 1905, sobre su postura respecto a Marruecos. Este principio, aplicado a Marruecos, había sido ya bien establecido, cuando éste fue reafirmado por esa Conferencia e insertado en el preámbulo del Acta de 1906. Considerado a la luz de estas circunstancias, queda claro que el principio fue entendido como ser de carácter vinculante y no una simple frase vacía [énfasis añadido].*⁷⁵⁹

Los tribunales arbitrales internacionales en materia de inversión también han empleado frecuentemente el principio de interpretación teleológica y el principio de efectividad, que van de la mano, tomando en cuenta que las máximas del principio de interpretación teleológica serán observar a la norma respecto a su objeto y propósito o finalidad, y el principio de efectividad buscará eso, la efectividad de la norma la cual irá ligada a su finalidad.

En el caso *Noble Ventures vs. Rumania* el tribunal arbitral utilizó y reconoció la importancia del principio de efectividad, pero lo concibió como un método separado de la Regla derivada de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena. Así, el tribunal arbitral en el caso *Noble Ventures vs. Rumania* apuntó:⁷⁶⁰

Debe hacerse referencia al artículo 31 *et seq.* de la Convención de Viena que refleja el derecho internacional consuetudinario respecto a la interpretación de los tratados. De conformidad con ésta, los tratados deben ser interpretados de buena fe y de conformidad con el sentido corriente que deba de atribuirse a los términos del tratado en su contexto y a la luz del objeto y propósito del tratado, mientras se cuenta con un recurso suplementario de medios de interpretación, incluido el trabajo preparatorio y las circunstancias de

⁷⁵⁹ *Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco* (France vs. United States of America), *cit.*, p. 184. Este es el típico caso en el que la CIJ realiza, sin llamarlo así, una interpretación combinada de distintos medios interpretativos, incluida la teleológica. *cf.* orig. “by the Treaty of Commerce with Great Britain of December 9th, 1856, as well as by Treaties with Spain of November 30th, 1861, and with Germany of June 1st, 1890, the Sultan of Morocco guaranteed certain rights in matters of trade, including imports into Morocco. These States, together with a number of other States, including the United States, were guaranteed equality of treatment by virtue of most-favoured-nation clauses in their treaties with Morocco. On the eve of the Algeciras Conference the three principles mentioned above, including the principle of ‘economic liberty without any inequality’, were expressly accepted by France and Germany in an exchange of letters of July 8th, 1905, concerning their attitude with regard to Morocco. This principle, in its application to Morocco, was thus already well established, when it was reaffirmed by that Conference and inserted in the Preamble of the Act of 1906. Considered in the light of these circumstances, it seems clear that the principle was intended to be of a binding character and not merely an empty phrase”.

⁷⁶⁰ *Noble Ventures vs. Rumania*, ICSID Case No. ARB/01/11, award, 12 de octubre de 2005. También citado como caso *Noble Ventures vs. Rumania*, laudo.

celebración, únicamente con el objeto de confirmar el significado resultante de la aplicación de los métodos de interpretación antes mencionados. De igual forma debe hacerse referencia al principio de efectividad (*effet utile*), el cual, juega también un *rol* importante en la interpretación de los tratados.⁷⁶¹

El mismo tribunal arbitral agregó que el objeto y propósito de la norma se encamina al principio de efectividad, aunque no será permisible optar por una regla interpretativa que sea siempre a favor del inversor extranjero, esta se justificará si de no hacerlo, la disposición interpretada perdiera todo valor y sentido; en pocas palabras, se volcaría en letra muerta. Al respecto agregó:

La regla del objeto y propósito también apoya esta interpretación. Mientras no sea permisible, como regularmente sucede respecto a APPRI, para interpretar cláusulas exclusivamente a favor de inversores, dicha interpretación es justificada. Considerando, como fue señalado arriba, que cualquier otra interpretación privaría al artículo II (2) (c) [la cláusula paraguas] de contenido práctico, necesariamente debe hacerse referencia al principio de efectividad, también aplicado por tribunales al interpretar disposiciones del APPRI (véase *SGS. vs. Filipinas*, párr. 116 y *Salini vs. Jordania*, párr. 95).⁷⁶²

Otros tribunales han invocado dicho principio y lo han relacionado al contenido del preámbulo, este es el caso *Lauder vs. República Checa*⁷⁶³ donde el tribunal señaló:

...como con cualquier tratado el Tratado deberá interpretarse por referencia a su objeto y propósito, así como también en las circunstancias de su celebración (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículos 31 y 32). *El preámbulo del Tratado establece* que las partes acuerdan que el tratamiento justo y equitativo a las inversiones es conveniente a fin de mantener un marco estable para la inversión y la utilización máxima y efectiva de recursos económicos [énfasis añadido].⁷⁶⁴

⁷⁶¹ *Ibidem*, párr. 50.

⁷⁶² *Ibidem*, párr. 52, *cf.* orig. “the object and purpose rule also supports such an interpretation. While it is not permissible, as is too often done regarding BITs, to interpret clauses exclusively in favour of investors, here such an interpretation is justified. Considering, as pointed out above, that any other interpretation would deprive Art. II (2) (c) [an umbrella clause] of practical content, reference has necessarily to be made to the principle of effectiveness, also applied by other Tribunals in interpreting BIT provisions”.

⁷⁶³ *Lauder vs. República Checa*, UNCITRAL, laudo, 3 de septiembre de 2001. También citado como caso *Lauder vs. República Checa*, UNCITRAL, laudo.

⁷⁶⁴ *Ibidem*, párr. 292, *cf.* orig. “as with any treaty the Treaty shall be interpreted by reference to its object and purpose, as well as by the circumstances of its conclusion (Vienna Convention on the Law of Treaties, Articles 31 and 32). The preamble of the Treaty states

En el caso *CMS vs. Argentina*⁷⁶⁵ el tribunal también recalcó el contenido del preámbulo para clarificar los objetivos del APPRI en cuestión, al respecto señaló:

El *preámbulo* del Tratado ...establece claramente que uno de los *principales objetivos* de la protección prevista es que el trato justo y equitativo es deseable para “mantener un marco estable para las inversiones y la utilización más eficaz de los recursos económicos”. No puede caber en consecuencia duda alguna de que la estabilidad del entorno jurídico y empresarial es un elemento esencial del trato justo y equitativo [énfasis añadido].⁷⁶⁶

Por su parte, el tribunal arbitral en el caso *MTD vs. Chile*⁷⁶⁷ también subrayó la relevancia de interpretar el tratado poniendo especial énfasis a su objeto y propósito, así sostuvo:

...el tribunal concluye que ... el estándar de tratamiento justo y equitativo debe interpretarse en el sentido más conducente para alcanzar el objetivo del APPRI para proteger las inversiones y crear condiciones favorables a estas. El tribunal considera que incluir como parte de las protecciones del APPRI aquellas del artículo ...es en consonancia con este propósito.⁷⁶⁸

En el caso *Aguas del Tunari vs. Bolivia*⁷⁶⁹ el Tribunal arbitral realizó una interpretación retomando el objeto y fin de tratado para descifrar el significado del concepto de control directo e indirecto de una empresa como sigue:

El Tribunal prosigue... considerando los otros dos elementos básicos del método de interpretación previsto en la Convención de Viena: el contexto de la frase *controladas directa o indirectamente y el objeto y fin del TBI* [énfasis añadido].⁷⁷⁰

that the Parties agree that fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective utilization of economic resources”.

⁷⁶⁵ *CMS vs. Argentina, cit.*, laudo.

⁷⁶⁶ *Ibidem*, párr. 274.

⁷⁶⁷ *MTD vs. Chile, cit.*, laudo.

⁷⁶⁸ *Ibidem*, párr. 104, *cf.* orig. “the tribunal has concluded that... the fair and equitable standard of treatment has to be interpreted in the manner most conducive to fulfill the objective of the BIT to protect investments and create conditions favorable to investments. The Tribunal considers that to include as part of the protections of the BIT those included in Article... is in consonance with this purpose”.

⁷⁶⁹ *Aguas del Tunari vs. Bolivia, cit.*, decisión a la jurisdicción.

⁷⁷⁰ *Ibidem*, párr. 239.

En cuanto al *objeto y fin* del TBI, el Tribunal toma nota de que el Preámbulo del TBI establece... Por lo tanto, el *objeto y fin* del tratado consiste en “estimular la afluencia de capital y tecnología”, y las partes contratantes reconocen expresamente el hecho de que ese estímulo surgirá del “acuerdo referente al tratamiento que se dé a esas inversiones” realizadas por nacionales de una parte contratante en el territorio de la otra Parte Contratante.⁷⁷¹

4. *La interpretación restrictiva e interpretación efectiva*

Existió durante algún tiempo una corriente interpretativa que sugirió que los tratados debían interpretarse de forma restrictiva, de modo tal que se limitara al mínimo la intromisión a la soberanía de los Estados parte. Esta doctrina estaba en lo incorrecto tomando en cuenta que la celebración de los tratados y la consecuente capacidad de los Estados para celebrar tratados no significan de ningún modo intromisión en su soberanía sino, por el contrario, el ejercicio de esta. Esta posición parece bastante elocuente de tal suerte que Lauterpacht, Schreuer y González de Cossío⁷⁷² han sido partidarios y comentaristas de dicho pensamiento, el cual ha sido aplicado de manera reiterada por la CIJ desde hace años. Por supuesto que dicho pensamiento parece lógico si recordamos el actuar del Estado en su calidad de sujeto de derecho internacional y los múltiples compromisos internacionales por medio de los cuales ejerce su soberanía. Así, Lauterpacht y Schreuer rechazan la idea conservadora de que “disposiciones convencionales constituyen una derogación a la soberanía de los Estados y por tanto, los tratados deben interpretarse de manera restrictiva”, en su opinión y en la nuestra dicho argumento debe ser refutado en la actualidad.⁷⁷³

El pensamiento anterior es plausible con las decisiones de la CIJ y la CPIJ. Un ejemplo de ello se encuentra en el caso *Wimbledon*⁷⁷⁴ frente a la CPIJ, el cual versó sobre la interpretación del artículo 380 del Tratado de Versalles que establecía que el canal de Kiel y sus inmediaciones debían mantenerse

⁷⁷¹ *Ibidem*, párr. 241.

⁷⁷² González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de inversión*, *op. cit.*, pp. 275-281; quien recoge lo dicho por Oppenheim: “*La independencia no es la libertad ilimitada de un Estado para hacer lo que quiera*. El hecho que un Estado sea un miembro de la comunidad internacional restringe su libertad de acción como resultado de las diversas reglas del derecho internacional consuetudinario que lo vinculan y como resultado de las diversas obligaciones derivadas de tratados que le afectan en la administración de sus asuntos internacionales”.

⁷⁷³ Lauterpacht, Hersch, “Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties”, *cit.*, p. 61; Schreuer, C., “Interpretation of Treaties by Domestic Courts”, *BYIL*, núm. 45, 1971, pp. 283-301.

⁷⁷⁴ *Wimbledon*, PCIJ, judgment, 17 de agosto de 1923, series A, núm. 1.

libres y abiertas a los navíos comerciales y de guerra en tiempos de paz con Alemania y en términos de igualdad. En palabras de la Corte:

La corte rechaza ver en la conclusión de cualquier Tratado, por el cual un Estado asume llevar a cabo o abstenerse de llevar a cabo un acto particular, un abandono de su soberanía. Sin duda cualquier convención creadora de una obligación de este tipo coloca una restricción sobre el ejercicio de los derechos soberanos del Estado, en el sentido de que esta requiere ser ejercida de un modo determinado. Pero el derecho a adquirir compromisos internacionales es un atributo de la soberanía del Estado.⁷⁷⁵

Otra cuestión sería analizar si el Estado ejerce su soberanía de manera responsable y es consciente de las obligaciones adquiridas al entrar en compromisos internacionales.⁷⁷⁶

En opinión encontrada Brownlie explica que en algunos casos la CPJI resolvió que para los casos en que las decisiones impliquen una limitación a la Soberanía del Estado deberá aplicarse una interpretación restrictiva de los tratados. En cualquier caso, no deberá entorpecerse la interpretación textual de este.⁷⁷⁷ En casos en los que se presente la regulación de derechos y privilegios territoriales, apunta Brownlie, el principio operará. En estos casos no se trata de un auxiliar de interpretación en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena sino de un principio independiente de interpretación.⁷⁷⁸ No obstante la opinión de Brownlie, la Corte ha hecho hincapié en que la sola interpretación restrictiva no puede aplicarse, sino solo en los casos en que los otros métodos interpretativos han fallado⁷⁷⁹ —lo cual consideramos que es muy improbable—. ⁷⁸⁰ Además este principio no está acogido por la Convención de Viena.⁷⁸¹ Sin embargo, y a pesar de sus inconvenientes, este principio es aplicado en la práctica por tribunales arbitrales

⁷⁷⁵ *Ibidem*, p. 25.

⁷⁷⁶ Este cuestionamiento no será resuelto en la presente investigación.

⁷⁷⁷ *Jurisdiction of the European Commission of the Danube*, PCIJ, series B, núm. 8, p. 40.

⁷⁷⁸ Brownlie, Ian, *op. cit.*, p. 606.

⁷⁷⁹ Este argumento en particular lo expresó la Corte en el caso *Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder*, PCIJ, series A, núm. 23, p. 26, “this argument, though sound in itself, must be employed only with the greatest caution. To rely upon it, it is not sufficient that the purely grammatical analysis of a text should not lead to definite results; there are many other methods of interpretation, in particular, reference is properly had to the principles underlying the matter to which the text refers; it will be only when, in spite of all pertinent considerations, the intention of the Parties still remains doubtful, that that interpretation should be adopted which is most favorable to the freedom of States”.

⁷⁸⁰ Véase el caso *Postal Service in Danzig*, PCIJ, Series B, núm. 8, p. 40.

⁷⁸¹ Brownlie, Ian, *op. cit.*, p. 606.

internacionales; ejemplo de ello es lo expresado por el tribunal arbitral del CIADI en el caso *Noble Ventures vs. Rumania*,⁷⁸² el cual se manifestó respecto de la interpretación de la cláusula paraguas y su interpretación restrictiva de la forma siguiente:

Así, una cláusula paraguas, cuando es incluida en un acuerdo bilateral de inversión, introduce una excepción a la obligación general de separación de las obligaciones internacionales y municipales bajo el derecho internacional. En consecuencia, como cualquier otra excepción a las reglas de derecho establecidas. La identificación de una disposición como la “cláusula paraguas” (*umbrella clause*) puede proceder únicamente de forma estricta, sino en efecto restrictiva.⁷⁸³

La interpretación efectiva tampoco fue acogida por la Convención de Viena. En este sentido la Comisión de Derecho Internacional tampoco destinó un apartado especial al estudio de este método interpretativo, sino que dio por hecho que dicho principio estaba reflejado en las doctrinas de interpretación de buena fe de conformidad con el sentido corriente (*ordinary meaning*) del texto del tratado que se pretenda interpretar. En este sentido, la CIJ generalmente subordina dicho principio interpretativo al aproximamiento textual (*textual approach*).

5. *La aplicación de la Regla Interpretativa de la Convención de Viena por los tribunales arbitrales internacionales en inversión y otros métodos interpretativos*

Los métodos interpretativos encerrados en la Regla de Interpretación de la Convención de Viena no dejan de ser, a su vez, métodos de interpretación independientes. Hemos observado que los tribunales arbitrales internacionales de inversión utilizan con frecuencia la Regla de la Convención de Viena; sin embargo, en la mayoría de los casos no la aplican de manera íntegra, sino que ponen especial énfasis en ciertos elementos contenidos en ella. Con excepción de aquellos AII que hacen referencia explícita a los tribunales arbitrales sobre la aplicación obligatoria del derecho internacional y las notas interpretativas relativas a disposiciones específicas, como es el caso del TLCAN⁷⁸⁴ o del Tratado de Libre Comercio entre República

⁷⁸² *Noble Ventures vs. Rumania*, cit., Laudo.

⁷⁸³ *Ibidem*, párr. 55.

⁷⁸⁴ Comisión de Libre Comercio del TLCAN, *Notas interpretativas de ciertas disposiciones del capítulo 11*, cit.; Vega Cánovas y Posadas Urtusuástegui, *op. cit.*, pp. 132-134.

Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, CAFTA (por sus siglas en inglés),⁷⁸⁵ los tribunales arbitrales podrán utilizar cualquier método interpretativo existente.

Existe una corriente doctrinal que critica la falta de actividad de los Estados que celebran algún tratado al momento de ejercer su libertad para otorgar una interpretación específica a una norma determinada. Esta doctrina parte del supuesto de que las partes contratantes tienen carácter supremo para crear el derecho y los tribunales para aplicarlo al caso concreto; de esta forma se crea un balance al momento de interpretar un tratado.⁷⁸⁶ Sin embargo, los Estados no han utilizado adecuadamente su poder interpretativo mientras que los tribunales arbitrales tienden a ignorar o subestimar la práctica de los primeros.⁷⁸⁷ Es evidente la falta de atención que han tenido los tribunales arbitrales al momento de aplicar el artículo 31 (3) (a) y (b) de la Convención de Viena,⁷⁸⁸ el cual prevé que para la interpretación de tratados además del contexto deben tenerse en cuenta los acuerdos y prácticas ulteriores de los Estados. Así, los tribunales arbitrales han restado importancia a dicho precepto; y por tanto, fallado al momento de analizar los tratados subsiguientes y la práctica de las partes Contratantes.⁷⁸⁹ Esta corriente resalta el papel que juegan los tribunales arbitrales de inversión al momento de interpretar los tratados; no obstante, estos no han profundizado en la aplicación de las prácticas convencionales y subsecuentes de las partes contratantes, así como tampoco de los tratados ulteriores celebrados por estas.

Por ejemplo en el caso *Aguas del Tunari vs. Bolivia*⁷⁹⁰ el tribunal señaló respecto a la aplicación interpretativa del artículo 31 (3) de la Convención de Viena:

⁷⁸⁵ *Dominican Republic, Central America Free Trade Agreement*, DR-CAFTA o CAFTA, del 5 de agosto de 2004, <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta/final-text>, noviembre de 2011. DR-CAFTA o CAFTA, en adelante. Costa Rica, la República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y los Estados Unidos son Estados contratantes.

⁷⁸⁶ *Idem.*

⁷⁸⁷ Roberts, Anthea, "Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The dual role of States", *The American Journal of International Law*, vol. 104, 2010, pp. 207-215 y 225.

⁷⁸⁸ Convención de Viena, artículo 31 (3) (a) y (b), "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".

⁷⁸⁹ Roberts, Anthea, *op. cit.*, p. 179.

⁷⁹⁰ *Aguas del Tunari vs. Bolivia*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 249-251.

El demandado [Bolivia] hace mucho hincapié en diversas declaraciones efectuadas en 2002 por el gobierno de los Países Bajos, sosteniendo que respaldan la interpretación dada al TBI por Bolivia. Además, sostiene que esas declaraciones determinan una situación sin precedentes, en que ambos Estados parte del TBI coinciden en que el tribunal carece de competencia.⁷⁹¹

La posición adoptada por Bolivia en las presentes actuaciones y las declaraciones efectuadas por los ministros del gobierno de los Países Bajos ante el Parlamento de ese Estado se refieren a la controversia de autos, pero no representan un “acuerdo ulterior entre las partes”. La coincidencia de varias declaraciones no hace de ellas una declaración conjunta. Además, en el caso de autos resulta claro que no hubo intención de que esas declaraciones se consideraran como un acuerdo.⁷⁹²

En este sentido, debe instarse a los Estados y a los tribunales arbitrales de inversión a construir un diálogo relativo a la interpretación de los tratados.⁷⁹³

En el marco del TLCAN los paneles que se conformen para dirimir controversias están obligados a aplicar los significados fijados en las notas interpretativas de este y por el derecho internacional.⁷⁹⁴ Cabe mencionar que con la finalidad de evitar abusos y contradicciones respecto de la aplicación del concepto “derecho internacional” a los conflictos del TLCAN en controversias en las que versaron complicaciones de este tipo, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN emitió en julio de 2001 notas interpretativas respecto de varios preceptos del Tratado. El relevante en este caso es la clarificación de lo que significa el contenido del artículo 1501 (1) del TLCAN “nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional” respecto del cual se aclaró que el artículo 1505 (1) no exige un nivel de trato adicional o superior al nivel mínimo de trato a extranjeros que estipula el derecho internacional consuetudinario.⁷⁹⁵ Lo anterior fue aclarado por los ministros de México, Estados Unidos y Canadá por la preocupación que

⁷⁹¹ *Ibidem*, 249.

⁷⁹² *Ibidem*, 251.

⁷⁹³ Roberts, Anthea, *op. cit.*, pp. 185-198 y 225; *Sempra Energy International vs. Republica Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16, decisión a la jurisdicción, 11 de mayo de 2005. También citado como caso *Sempra Energy vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción, párr. 147.

⁷⁹⁴ TLCAN, artículo 1131. “Derecho aplicable.

1. Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional.

2. La interpretación que formule la Comisión sobre una disposición de este Tratado, será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección [énfasis añadido].”

⁷⁹⁵ Comisión de Libre Comercio del TLCAN, *Notas interpretativas de ciertas disposiciones del capítulo 11*, *cit.*

tuvieron, pues en algunas controversias del TLCAN se presentaban interpretaciones muy liberales respecto al artículo 1105 (1) del Tratado, lo que no reflejaba la intención de las partes cuando redactaron dicho artículo y que tuvo que ver en concreto con los casos *Methanex*⁷⁹⁶ y *Metalclad*.⁷⁹⁷ La declaración sostuvo: “el hecho de que se determine que hubo una infracción de otra cláusula del TLCAN o de otro acuerdo internacional no implica que se haya infringido la fracción 1 del artículo 1105”. Con ello las partes consiguieron que mediante la adición del término “consuetudinario”, término no incluido en la redacción del artículo 1105, y las declaraciones antes citadas, el nivel de trato a que refiere dicho precepto sea la aplicación del estándar desarrollado en la costumbre internacional y que se excluyan obligaciones incluidas en otros acuerdos.

En el caso del CAFTA el artículo 10.22 (1) hace una referencia a la obligación de aplicar el derecho internacional y los preceptos del propio tratado en la solución de controversias, lo que se traduciría para efectos de interpretación de los tratados en que estos tribunales o paneles arbitrales tienen que aplicar la Regla de Interpretación de la Convención de Viena pues esta constituye “derecho internacional”. Incluso su anexo 10 B incluye una definición de lo que significa derecho internacional consuetudinario.⁷⁹⁸ Por otra parte, como en el TLCAN, el artículo 10.22 (3) del CAFTA hace vinculante, es decir, obligatoria, la aplicación de las interpretaciones de determinados preceptos del Tratado realizadas por la Comisión de Libre Comercio (conforme al artículo 19.1.3 (c) del CAFTA), de este modo, los tribunales arbitrales que se conformen deberán aplicar dichas interpretaciones realizadas por la Comisión.⁷⁹⁹

A pesar de lo anterior, la mayoría de los tribunales arbitrales conformados con base en un APPRI no están obligados a utilizar la Regla de Inter-

⁷⁹⁶ *Methanex vs. United States of America*, arbitraje de la CNUDMI (TLCAN), primer laudo parcial, 7 de agosto de 2002. También citado como caso *Methanex vs. USA*.

⁷⁹⁷ *Metalclad vs. México, cit.*, laudo, párrs. 65, 66 y 70.

⁷⁹⁸ CAFTA, anexo 10 B. “Anexo 10-B. Derecho Internacional Consuetudinario

Las Partes confirman su común entendimiento que el ‘derecho internacional consuetudinario’ referido de manera general y específica en los Artículos 10.5, 10.6, y el Anexo 10-C resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal. Con respecto al Artículo 10.5, el nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros”.

⁷⁹⁹ CAFTA, artículo 10.22: “Derecho Aplicable

1. Sujeto al párrafo 3, cuando una reclamación se presenta de conformidad con el Artículo 10.16.1 (a) (i) (A) o con el Artículo 10.16.1 (b) (i) (A), el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este Tratado y con las normas aplicables del derecho internacional.

pretación de la Convención de Viena. No obstante, al hacerlo se acogerán a lo que por muchos autores y tribunales internacionales es considerado costumbre internacional. Tal es el caso del tribunal arbitral del CIADI en el caso *Tokios Tokelés vs. Ucrania*⁸⁰⁰ quien afirmó:

Como lo hicieron otros tribunales, nosotros interpretamos la Convención del CIADI y el tratado entre las partes contratantes de conformidad con las reglas previstas en la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, mucho de lo cual refleja el *derecho internacional consuetudinario*. El artículo 31 de la Convención de Viena prevé que un tratado debe ser interpretado de buena fe de conformidad con el sentido corriente que debe darse a las disposiciones del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y propósito [énfasis añadido].⁸⁰¹

En otras palabras, los fallos de los tribunales arbitrales internacionales en inversión serán mucho más fundamentados y motivados si la interpretación de los preceptos contenidos en el tratado aplicable al caso concreto se realizó de conformidad con la Regla General de Interpretación y los Medios de Interpretación Complementarios de la Convención de Viena. Dichos tribunales pueden completar sus criterios a través de la aplicación de cualquier otro método interpretativo que juzguen conveniente. El arte de ello consistirá en justificar el empleo de dicho análisis interpretativo.

Cabe recordar que no existen criterios unánimes utilizados por los tribunales arbitrales del CIADI relativos a la interpretación de los tratados, esto se debe a la dinámica en la que estos están inmersos, pues a diferencia de la CIJ, no hablamos de una corte permanente con jueces permanentes, sino de un sinnúmero de tribunales que se crean y desaparecen en cada caso a resolver, lo cual se debe a la naturaleza misma del arbitraje. Además, no existe ningún órgano permanente de revisión de dichos laudos arbitrales; lo

2. Sujeto al párrafo 3 y las otras condiciones de esta Sección, cuando una reclamación se presenta de conformidad con el Artículo 10.16.1 (a) (i) (B) o (C), o con el Artículo 10.16.1 (i) (B) o (C), el tribunal deberá aplicar:

- (a) las normas legales especificadas en el acuerdo de inversión o en la autorización de inversión pertinentes, o de la manera como las partes contendientes puedan haber acordado, o
- (b) si las normas legales no han sido especificadas o acordadas de otra manera:
 - (i) la legislación del demandado, incluidas sus normas sobre los conflictos de leyes; 7 y
 - (ii) las normas del derecho internacional, según sean aplicables.

3. Una decisión de la Comisión en la que se declare la interpretación de una disposición de este Tratado, conforme al Artículo 19.1.3(c) (La Comisión de Libre Comercio), será obligatoria para un tribunal que se establezca de conformidad con esta Sección, y toda decisión o laudo emitido por el tribunal deberá ser compatible con esa decisión [énfasis añadido].”

⁸⁰⁰ *Tokios Tokelés vs. Ucrania*, cit., decisión a la jurisdicción.

⁸⁰¹ *Ibidem*, párr. 27.

que tampoco contribuye a la existencia de criterios unánimes sobre cómo se debe interpretar tal o cual precepto. Por lo tanto, tampoco existe “jurisprudencia” en el sentido de la “jurisprudencia” emanada de la CIJ, sino más bien precedente. Existirán pues diversas corrientes interpretativas, y por tanto, diversas formas de resolver una diferencia dependiendo el método empleado, lo que trae consigo que pueda llegarse a resultados diferentes y en su caso, encontrados. Esto en sí trae un conflicto enorme pues deriva en la falta de seguridad jurídica internacional. No obstante, se debe estar consciente de la naturaleza del arbitraje. En realidad esta problemática impacta prácticamente a todo el sistema de arbitraje inversor-Estado, esto es, a todos los foros arbitrales donde se dirimen controversias inversor-Estado debido a la naturaleza misma del arbitraje, en todo caso, es casi inimaginable la creación de una corte de apelación arbitral inversor-Estado que fuera competente para conocer de cualquier laudo arbitral emanado por cualquier institución arbitral internacional.

En el caso concreto del CIADI debe retomarse seriamente la posibilidad y conveniencia de instaurar un tribunal de revisión de los fallos arbitrales con todas las implicaciones jurídicas y logísticas que esto traería consigo, porque como acertadamente lo afirma Tsatsos “*El sistema del CIADI no es por más tiempo capaz de seguir con su propósito inicial. Institucionalmente, el Convenio del CIADI constituye un tratado rígido flexible sin posibilidad alguna de mejoría, esto es, un tratado sin futuro* [énfasis añadido]”.⁸⁰²

En este sentido, acuerdos como el CAFTA han previsto que puede suceder dicha reforma dentro o fuera del marco del CIADI en lo relativo a la implementación de un órgano de revisión de los laudos arbitrales. Así, el CAFTA obliga a las partes a establecer un grupo de negociación con miras a reformar el tratado para crear un órgano de apelación competente para revisar las decisiones de los tribunales arbitrales inversor-Estado y dar coherencia a la interpretación del tratado, dichas previsiones se encuentran en el anexo 10 F del Tratado.⁸⁰³ Así lo prevé dicho precepto:

⁸⁰² Tsatsos, Aristides, “ICSID Jurisprudence: Between Homogeneity and Heterogeneity A Call for Appeal?”, *Transnational Dispute Management*, vol. 6, issue 1, marzo de 2009, pp. 40 y 41, *cf.* orig. “the ICSID system is no longer able to follow its initial purpose. Institutionally, the ICSID Convention constitutes a rigid flexible treaty without any possibility for improvement, that is, a treaty without future”.

⁸⁰³ El CAFTA establece plazos de tres meses para la formación del grupo, y de un año para que el grupo establecido proporcione a la Comisión del CAFTA un Borrador de enmienda del tratado para establecer tal órgano de apelación (anexo 10-F CAFTA). Este anexo, es sin duda una reacción a las dificultades que han traído consigo posiciones encontradas respecto a la interpretación de ciertos preceptos en los AII por los tribunales arbitrales internacionales.

Anexo 10-F. Órgano o Mecanismo Similar de Apelación

1. Durante un plazo de tres meses desde la fecha de entrada en vigor del Tratado, la Comisión establecerá un Grupo de Negociación para desarrollar un órgano de apelación o un mecanismo similar para revisar los laudos dictados por los tribunales de conformidad con este capítulo. Tal órgano de apelación o mecanismo similar será designado para dar coherencia a la interpretación de las disposiciones sobre inversión del Tratado. La Comisión deberá dirigir al Grupo de Negociación para que tome en consideración los siguientes aspectos, entre otros:

(a) la naturaleza y composición del órgano de apelación o mecanismo similar;

(b) el ámbito de aplicación y los estándares de revisión;

(c) transparencia de los procedimientos del órgano de apelación o mecanismo similar;

(d) el efecto de las decisiones del órgano de apelación o mecanismo similar;

(e) la relación del examen por un órgano de apelación o mecanismo similar con las reglas arbitrales que puedan ser seleccionadas bajo los Artículos 10.16 y 10.25, y

(f) la relación del examen por un órgano de apelación o mecanismo similar con la legislación doméstica existente y el derecho internacional sobre la ejecución de laudos arbitrales.

2. La Comisión dirigirá al Grupo de Negociación para que, en un periodo de un año desde el establecimiento del Grupo de Negociación, éste provea a la Comisión un borrador de enmienda del Tratado que establezca el órgano de apelación o mecanismo similar. Una vez que las partes hayan aprobado el borrador de enmienda, de acuerdo con el artículo 22.2 (Enmiendas), el Tratado será modificado de conformidad.

Volviendo a la situación del CIADI, hay que reconocer que es una realidad muy cruda con la que continuamos el análisis de la presente investigación y estamos conscientes de ella. No hay que olvidar que los órganos jurídicos obedecen a las necesidades de la realidad social. Si en algún momento la estructura del CIADI no diera para más, tendrá que modificarse para poder satisfacer las necesidades relativas a la solución de controversias inversor-Estado frente a este foro. Recordemos que el estallido de controversias que ahora se dirimen frente a este resulta una fortaleza del Centro pues muestra que los inversores extranjeros y Estados reconocen al foro como medio adecuado para dirimir sus controversias, pero al mismo tiempo resulta un gran reto para el CIADI. Así pues, hay que aprovechar los efectos positivos y dar solución a las exigencias de los usuarios del Centro para que este pueda seguir con su importante labor en el ámbito de la solución de controversias internacionales en materia de inversión.

V. LA INTERPRETACIÓN DE TRATADOS Y LA CNMF – ANTECEDENTES CASUÍSTICOS ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ)

La doctrina que se acercó al problema respecto a la posibilidad de extender el beneficio de la CNMF a derechos adjetivos contenidos en la cláusula de solución de controversias de un determinado AII en tiempos modernos fue introducida a partir del caso *Maffezini vs. España*.⁸⁰⁴ Este tribunal arbitral basó sus razonamientos en los casos analizados por la Comisión de Derecho Internacional en la elaboración del Proyecto de Artículos sobre las Cláusulas de la Nación más Favorecida (Proyecto sobre las CNMF, en adelante),⁸⁰⁵ de 1978. Los fallos de la Corte Internacional de Justicia son muy relevantes respecto a la interpretación de las CNMF. Estos casos son citados y analizados por los tribunales arbitrales a partir de *Maffezini vs. España*. La doctrina y la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas los considera como *sedes materiae* de la CNMF estos son: caso de la compañía petrolera *Anglo-Iraní (Reino Unido vs. Irán)*,⁸⁰⁶ el *Caso Concerniente a los Derechos de los Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (USA vs. Marruecos)*⁸⁰⁷ y el caso *Ambatielos (Grecia vs. Reino Unido)*.⁸⁰⁸ La relevancia de estos nos lleva inevitablemente a realizar una breve semblanza al respecto.

1. Caso de la compañía petrolera *Anglo-Iraní* (Anglo-Iranian Oil Company)

Comenzamos con el caso de la compañía *Anglo Iraní (Anglo-Iranian Oil Company, en adelante)*. En 1933 se celebró un contrato de concesión entre Irán y la compañía petrolera Anglo-Persa (Anglo Persian Oil Compañía), empresa incorporada en el Reino Unido, la cual cambió de nombre posteriormente a Anglo Iranian Oil Company. En 1951 el Gobierno iraní nacionalizó la industria petrolera dando origen a la controversia entre la Anglo Iranian Oil Company e Irán.⁸⁰⁹ En 1951 el Reino Unido hizo suya la causa

⁸⁰⁴ *Maffezini vs. España, cit.*, decisión a la jurisdicción.

⁸⁰⁵ *Cfr. cit.*

⁸⁰⁶ *Anglo-Iranian Oil Company (UK vs. Iran), cit.*, judgment on preliminary objections.

⁸⁰⁷ *Case Concerning the Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France vs. United States of America), cit.*, p. 176.

⁸⁰⁸ *Ambatielos (Grecia vs. Reino Unido)*, CIJ, excepción preliminar, 1o. de julio de 1952; fondo del asunto, 19 de mayo de 1953. También citado como caso *Ambatielos*.

⁸⁰⁹ *Anglo-Iranian Oil Company, cit.*, p. 102.

de Anglo Iranian Oil Company al invocar la protección diplomática y presentó su reclamación ante la CIJ.

El Reino Unido pretendió establecer la jurisdicción de la Corte así como la aplicación de los principios de derecho internacional a través de la aplicación del Tratado celebrado entre Irán y Dinamarca⁸¹⁰ usando su cláusula de la nación más favorecida contenida en su artículo IV.⁸¹¹

En ese caso la jurisdicción de la Corte dependía de las Declaraciones realizadas por las partes según el artículo 36, párrafo 2 de los Estatutos de la CIJ, en condición de reciprocidad, la cual fue, en el caso de Irán, firmada en octubre de 1930 y ratificada en septiembre de 1932 y en el caso del Reino Unido firmada el 28 de febrero de 1940. Dichas declaraciones otorgaban jurisdicción a la Corte.⁸¹² La Declaración iraní rezaba:

El gobierno imperial de Persia reconoce como obligatorio *ipso facto* y sin acuerdo especial de cualquier otro Estado en relación con la aceptación de la misma obligación, es decir, en condición de reciprocidad, la jurisdicción de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de conformidad con el artículo 36, párrafo 2 del Estatuto de la Corte, para cualquier disputa originada después de la ratificación de la presente Declaración relativas a situaciones o hechos relacionados directa o indirectamente con la aplicación de tratados o convenciones aceptadas por Persia y subsecuentes a la ratificación de esta Declaración.⁸¹³

Así, en primer lugar, la Corte concluyó que la Declaración iraní limitaba su consentimiento para someterse a la Corte únicamente a controversias relativas a la aplicación de tratados o convenciones aceptadas por Irán posteriores a la ratificación de su Declaración en 1932.⁸¹⁴

⁸¹⁰ Treatment of Friendship, Establishment and Commerce conclude between Iran and Denmark on February 20th, 1934. En adelante Acuerdo de Amistad y Comercio Irán-Dinamarca.

⁸¹¹ Artículo IV del Acuerdo de Amistad y Comercio Irán-Dinamarca. "The nationals of the High Contracting Parties shall, in the territory of the other, be received and treated, as regards their persons and property, in accordance with the principles and practice of ordinary international law. They shall enjoy therein the most constant protection of the laws and authorities of the territory for their persons, property, rights and interest".

⁸¹² *Anglo-Iranian Oil Company, cit.*, p. 103.

⁸¹³ *Idem, cfr. orig.*, "The Imperial Government of Persia recognizes as compulsory *ipso facto* and without special agreement in relation to any other State accepting the same obligation, that is to say, on condition of reciprocity, the jurisdiction of the Permanent Court of International Justice, in accordance with Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court, in any disputes arising after the ratification of the present declaration with regard to situations or facts relating directly or indirectly to the application of treaties or conventions accepted by Persia and subsequent to the ratification of this declaration...".

⁸¹⁴ *Ibidem*, p. 107.

Relevante para el tema de la cláusula de la nación más favorecida fue la delimitación que realizó sobre el origen de la protección de esta, la Corte estableció en primera instancia que:

El Tratado que contiene la cláusula de la nación más favorecida es el tratado base del cual el Reino Unido debe depender. Es este Tratado el que establece el nexo jurídico entre el Reino Unido y un tratado con un tercer país y que confiere a ese Estado los derechos de que goza el tercero. Un tratado con un tercero, independiente y aislado del tratado base, no produce efecto jurídico alguno entre el Reino Unido e Irán: es *res Inter alios acta*.⁸¹⁵

El Reino Unido intentó invocar la jurisdicción de la Corte con los siguientes argumentos: (a) que el Reino Unido era parte de dos Tratados con Irán ejecutados antes de la Declaración de Irán bajo la cláusula opcional en 1857 y 1903; (b) que ambos tratados contenían una cláusula de la nación más favorecida; (c) que Irán era parte de un tratado celebrado entre Dinamarca e Irán de 1934 posterior a la ratificación de su Declaración a la Corte;⁸¹⁶ (d) que a Dinamarca le era posible presentar sus diferencias relativas a la interpretación del Tratado bilateral celebrado con Irán; (e) que si Dinamarca puede presentar sus pretensiones ante la Corte, tales como la aplicación del Tratado de 1934 celebrado con Irán, el Reino Unido puede presentarlos también en función de la CNMF contenida en el tratado referencia, así lo apuntó el Reino Unido:

Si Dinamarca... puede someter a la Corte cuestiones tales como la aplicación de su Tratado de 1934 con Irán, y si el Reino Unido no puede someter ante la Corte cuestiones tales como la aplicación del mismo Tratado en beneficio del cual éste tiene derecho bajo la cláusula de la nación más favorecida, entonces el Reino Unido no estará en la posición de la nación más favorecida.⁸¹⁷

En respuesta a dicho cuestionamiento la Corte subrayó que la cláusula de la nación más favorecida contenida en los tratados de 1857 y 1903 entre Irán y el Reino Unido no tenía relación alguna con cuestiones jurisdiccio-

⁸¹⁵ *Ibidem*, p. 109.

⁸¹⁶ *Ibidem*, p. 110; Douglas, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, *cit.*, p. 346, párr. 649C.

⁸¹⁷ *Anglo-Iranian Oil Company*, *cit.*, p. 110, *cf.* orig., “If Denmark... can bring before the Court questions as to the application of her 1934 Treaty with Iran, and if the United Kingdom cannot bring before the Court questions as to the application of the same Treaty to the benefit of which she is entitled under the most-favoured-nation clause, then the United Kingdom would not be in the position of the most-favoured nation”.

nales. Agregó que si Dinamarca tenía derecho a presentar frente a la Corte cualquier disputa relacionada con la aplicación del Tratado con Irán era porque dicho Tratado era subsecuente a la ratificación de la Declaración realizada por Irán. Esta situación no puede dar origen a ningún cuestionamiento relativo a la cláusula de la nación más favorecida.⁸¹⁸

Cabe señalar que la Corte en este caso se enfrentó ante una situación *ratione temporis* referente a la aplicación de la Declaración presentada ante la CIJ por Irán. La Corte en este caso declinó su jurisdicción debido a que la ratificación de la Declaración de Irán fue posterior a la entrada en vigor de los tratados celebrados entre el Reino Unido e Irán.

En este sentido, si los tratados celebrados entre el Reino Unido e Irán hubieran entrado en vigor con fecha posterior a la ratificación de la Declaración presentada por Irán frente a la CIJ, esta hubiera sido competente para conocer de las pretensiones del Reino Unido, con independencia de la injerencia o no de la cláusula de la nación más favorecida, por tanto, la relación entre el tratado referencia y la jurisdicción de la Corte no se origina por el tratado referencia en sí, sino por la presentación de la Declaración de Irán conforme al artículo 36, párrafo 2 de los Estatutos de la entonces CPJI.

La Corte corroboró lo dicho:

...sin considerar el significado y ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida contenida en los Tratados de 1857 y 1903 entre Irán y el Reino Unido, los cuales no son subsecuentes a la ratificación de la Declaración iraní. Aunque Irán está vinculado a sus obligaciones conforme a estos Tratados en la medida en que ellos estén en vigor, el Reino Unido no tiene derecho a invocarlos con el propósito de establecer la jurisdicción de la Corte, dado que ellos están excluidos en los términos de la Declaración.⁸¹⁹

La CIJ resaltó en todo momento la relevancia de la aplicación del tratado base, es decir, del Tratado de 1857 y la Convención de 1903, y no del tratado referencia, es decir, del Tratado entre Irán y Dinamarca; la Corte señaló “desde el punto de vista jurídico, lo que está en disputa no es la aplicación del Tratado de 1934 entre Irán y Dinamarca, sino la aplicación del

⁸¹⁸ *Ibidem*, p. 110.

⁸¹⁹ *Ibidem*, p. 109, *cf.* orig., “without considering the meaning and scope of the most-favoured-nation clause, the Court confines itself to stating that this clause is contained in the Treaties of 1857 and 1903 between Iran and the United Kingdom, which are not subsequent to the ratification of the Iranian Declaration. While Iran is bound by her obligations under these Treaties as long as they are in force, the United Kingdom is not entitled to rely upon them for the purpose of establishing the jurisdiction of the Court, since they are excluded by the terms of the Declaration”.

Tratado de 1857 o la Convención de 1903 entre Irán y el Reino Unido en conexión con el Tratado de 1934 entre Irán y Dinamarca”.⁸²⁰

Para concluir con su razonamiento la CIJ agregó que:

...la Corte debe... encontrar en relación con el Tratado Irán-Dinamarca de 1934, que el Reino Unido no tiene derecho, para los propósitos de someter la presente diferencia con Irán en los términos de la Declaración de Irán, a invocar los Tratados de 1857 y 1903 con Irán, puesto que dichos tratados fueron celebrados antes de la ratificación de la Declaración, que la cláusula de la nación más favorecida, contenida en dichos tratados, no puede entrar en operación, y que, en consecuencia, ningún tratado celebrado por Irán con cualquier tercera parte puede ser invocado por el Reino Unido en el presente caso.⁸²¹

En consecuencia, la CIJ declinó su jurisdicción para conocer del caso.⁸²²

2. *Caso Ambatielos*

El segundo precedente es el caso *Ambatielos*⁸²³ que se dirimió entre Grecia y el Reino Unido, el cual fue incoado por el gobierno de Grecia frente a la CIJ contra el Reino Unido. La controversia se desarrolló en torno al armador de barcos *Ambatielos*, nacional griego; Grecia asumió la representación de este. En dicha controversia se alegaba que *Ambatielos* había sufrido considerables pérdidas económicas como consecuencia de un contrato celebrado entre *Ambatielos* y el Gobierno del Reino Unido en 1919, contrato celebrado a través del Ministerio de Marina Mercante para la compra de nueve buques de vapor que estaban en construcción. Además se alegaba la existencia de ciertas decisiones judiciales pronunciadas en contra de *Amba-*

⁸²⁰ *Ibidem*, p. 110, *cf.* orig., “from the legal point of view, what is in dispute is not the application of the treaty of 1934 between Iran and Denmark, but the application of the Treaty of 1857 or the Convention of 1903 between Iran and the United Kingdom in conjunction with the Treaty of 1934 between Iran and Denmark”.

⁸²¹ *Idem*, *cf.* orig., “the Court must... find in regard to the Iranian-Danish Treaty of 1934, that the United Kingdom is not entitled, for the purpose of bringing its present dispute with Iran under the terms of the Iranian Declaration, to invoke its Treaties of 1857 and 1903 with Iran, since those Treaties were concluded before the ratification of the Declaration, that the most-favoured-nation clause contained in those Treaties cannot thus be brought into operation; and that, consequently, no treaty concluded by Iran with any third party can be relied upon by the United Kingdom in the present case”.

⁸²² *Ibidem*, p. 115.

⁸²³ *Ambatielos* (Grecia vs. Reino Unido), ICJ, preliminary objection, 1o. de julio de 1952, general list, no. 15. También citado como caso *Ambatielos*, objeciones preliminares.

tielos por los tribunales ingleses. El armador Ambatielos y Grecia pidieron a la Corte que declarara que la reclamación presentada contra el Gobierno del Reino Unido debía someterse a arbitraje conforme a los términos de los tratados concertados entre Grecia y el Reino Unido en 1886 y 1926.

En su fallo, la Corte declaró dos cosas, la primera, que la Corte carecía de jurisdicción para decidir sobre el fondo del asunto; la segunda, que la Corte era competente para decidir si el Reino Unido estaba obligado a someter a arbitraje de conformidad con la Declaración de 1926, la controversia sobre la validez de la reclamación de Ambatielos basada en el Tratado anglo-helénico de 1886.⁸²⁴

Lo relevante para el caso relativo a la cláusula de la nación más favorecida se rescata en el fallo de la Corte del 19 de mayo de 1953, en el que esta expuso dos argumentos formulados por Grecia e impugnados por el Reino Unido. Uno se basa en la cláusula de la nación más favorecida contenida en el artículo X del Tratado de 1886,⁸²⁵ que permitía a Grecia invocar los beneficios de los tratados celebrados por el Reino Unido con otros Estados y con ello conseguir reparar la injusticia de la que había sido víctima el Sr. Ambatielos si los hechos alegados fueran ciertos. La otra pretensión basada en el artículo XV del Tratado de 1886, consistía en una interpretación de las palabras “libre acceso a los tribunales de justicia” que figuran en dicho artículo; siempre en el supuesto de que los hechos alegados hubieran sido verdaderos se afirma que el Sr. Ambatielos no tuvo “libre acceso” a los tribunales ingleses. Al respecto la Corte llegó a la conclusión de que se trataba de un litigio presentado por el Gobierno de Grecia en nombre de una persona privada basada en el Tratado de 1886 y que la controversia entre las partes es una que, con arreglo en la Declaración de 1926, debe ser sometida a arbitraje; sin embargo, la Corte no realizó razonamiento alguno ni estudió acerca de la CNMF, su significado o alcance.

Fueron los cuatro jueces disidentes los que tocaron el tema al expresar en su opinión que

...teniendo en consideración sus términos, el artículo X promete el tratamiento de la nación más favorecida únicamente en materias de comercio y

⁸²⁴ *Ibidem*, p. 46.

⁸²⁵ Tratado anglo-helénico de 1886, “Article X. The Contracting Parties agree that, in all matters relating to commerce and navigation, any privilege, favour or immunity whatever which either Contracting Party has actually granted or may hereafter grant to the subjects or citizens of any other State shall be extended immediately and unconditionally to the subjects or citizens of the other Contracting Party; it being their intention that the trade and navigation of each country shall be placed, in all respects, by the other on the footing of the most favoured nation”.

navegación, no prevé disposición alguna relativa a la administración de justicia; en todo el tratado esta materia es sujeto de solo una disposición, de alcance limitado, a saber, el artículo XV, párrafo 3, relativo al libre acceso a los tribunales, y ese artículo no contiene referencia al tratamiento de la nación más favorecida. La cláusula de la nación más favorecida del artículo X no puede ser extendida a materias distintas a aquéllas respecto a las cuales ha sido establecida. No consideramos posible fundamentar la obligación en la que la Corte ha sido cuestionada para decidir, a una interpretación extensiva de este caso.⁸²⁶

No obstante, al constituirse la Comisión de Arbitraje⁸²⁷ para conocer sobre el fondo del asunto en el caso *Ambatielos* conforme a las disposiciones de solución de controversias contenidas en la Declaración de 1926, esta se pronunció en un sentido distinto al de los jueces disidentes respecto al significado de la CNMF:

La Comisión no considera necesario expresar su opinión respecto a la pregunta general sobre si la cláusula de la nación más favorecida no podría tener el efecto de asegurar a sus beneficiarios tratamiento de conformidad con las reglas generales de derecho internacional, porque en el presente caso el efecto de la cláusula es expresamente limitado a *cualquier privilegio, favor o inmunidad que cada parte contratante haya garantizado o pueda garantizar en el futuro a sujetos o ciudadanos de cualquier otro Estado* [énfasis añadido].⁸²⁸

La Comisión considera que *la cláusula de la nación más favorecida únicamente puede atraer cuestiones que pertenezcan a la misma categoría de asuntos referidos en la propia cláusula* [énfasis añadido].⁸²⁹

⁸²⁶ Opinión disidente de Sir Arnold McNair, presidente, y los jueces Basevant, Klaestad y Read, 1953, *ICJ Rep.* 10, 34, *cf.* orig. “having regard to its terms, Article X promises most-favored-nation treatment only in matters of commerce and navigation; it makes no provision concerning the administration of justice; in the whole of the Treaty this matter is the subject of only one provision, of limited scope, namely, Article XV, paragraph 3, concerning free Access to the Courts, and that Article contains no reference to most-favored-nation treatment. The most favored-nation clause in Article X cannot be extended to matters other than those in respect of which it has been stipulated. We do not consider it possible to base the obligation on which the Court has been asked to adjudicate, on an extensive interpretation of this case”.

⁸²⁷ *Ambatielos* (Grecia vs. Reino Unido), Arbitration Commission, Award, 6 de marzo de 1956, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XII, 2006, pp. 83-153. También citado como caso *Ambatielos*, Comisión de Arbitraje, laudo.

⁸²⁸ *Ibidem*, pp. 106 y 107.

⁸²⁹ *Ibidem*, p. 107, *cf.* orig. “The most-favored-nation clause can only attract matters belonging to the same category of subject as that to which the clause itself relates”.

La Comisión es... de la opinión de que en el presente caso la aplicación de esta regla puede llevar a una conclusión diferente a la expuesta por el Gobierno del Reino Unido.⁸³⁰

En el tratado de 1886 el ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida es definido e incluye “todas las cuestiones relacionadas con el comercio y la navegación”. Podría parecer que esta expresión no tiene... un significado definido estricto. La variedad de disposiciones contenidas en tratados de comercio y navegación prueban que ...el significado otorgado a ésta es muy flexible. Por ejemplo, debe notarse que muchos de estos tratados contienen disposiciones relativas a la administración de justicia.⁸³¹

Es cierto que la “administración de justicia”, considerada en forma aislada, es una materia diferente del “comercio y navegación”, pero esto no es necesariamente así cuando se le aprecia en el contexto de la protección de los derechos de los comerciantes. La protección de los derechos de los comerciantes naturalmente encuentra un lugar entre las materias relacionadas con los tratados de comercio y navegación. Por lo tanto, no puede decirse que la administración de justicia, en la medida en la que se relacione con la protección de esos derechos, deba ser necesariamente excluida del ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, cuando la segunda incluya “todas las materias relacionadas con comercio y navegación”. La pregunta únicamente puede ser resuelta de conformidad con la intención de las partes contratantes como se deduce de una interpretación razonable del Tratado.⁸³²

Es necesario subrayar que la interpretación de la Comisión de Arbitraje respecto de la CNMF tenía que ver con cuestiones sustantivas relativas a la “denegación de justicia” de las cortes inglesas. Por el contrario, no trató de importar cuestiones relativas a la solución de controversias provenientes de un tratado referencia al tratado base.⁸³³ La CNMF se invocó con miras a proteger a uno de los nacionales griegos, no se interpretó ninguna cláusula de solución de controversias ni en su conjunto, ni alguno de sus elementos, sino la aplicación de disposiciones sustantivas derivadas de acuerdos entre el Reino Unido y terceros Estados, de conformidad con los cuales sus nacionales serían tratados de conformidad con “justicia”, “derecho” y “equidad”,⁸³⁴ prueba contundente de ello es lo que afirmó la pro-

⁸³⁰ *Idem.*

⁸³¹ *Idem.*

⁸³² *Idem.*

⁸³³ *Plama vs. Bulgaria, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 215.

⁸³⁴ *Salini vs. Jordania, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 112.

pia Comisión *ad hoc*: “The provisions of other treaties on which the Greek Government relies are concerned with the administration of justice”.⁸³⁵

3. Caso Concerniente a los Derechos de los Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos

En el *Caso Concerniente a los Derechos de los Nacionales de los Estados Unidos de América* (USA o Estados Unidos, en adelante) *en Marruecos*,⁸³⁶ la Corte Internacional de Justicia consideró el ámbito de aplicación de la CNMF en un tratado celebrado entre USA y Marruecos datado en 1836, específicamente sobre sus artículos 14 y 24. El artículo 14 de dicho tratado dispone:

El Comercio con USA se producirá en pie de igualdad con el comercio con España, o con el comercio con la nación más favorecida en un momento determinado; y sus ciudadanos deberán ser respetados y estimados, y tendrán total libertad de pasar y de volver a pasar por nuestro país y nuestros puertos marítimos siempre que lo necesiten, sin ninguna interrupción.⁸³⁷

Por su parte, la sección relevante del artículo 24 prevé: “y además se declara que, en caso de cualquier ventaja comercial o de otro tipo, que se otorgue a cualquiera de los poderes cristianos, los ciudadanos de USA tendrán igual derecho a ellos”.⁸³⁸

De acuerdo con la CIJ, “estos artículos dan derecho a USA a recurrir a las disposiciones de otros tratados vinculados al régimen capitular”.⁸³⁹ Según la CIJ “los privilegios más amplios en relación a la cuestión de la jurisdicción consular fueron otorgados por Marruecos en el Tratado General con el Reino Unido de 1856 y en el Tratado de Comercio y Navegación con España de 1861. En virtud de las disposiciones del artículo IX del Tratado británico, se otorgaba jurisdicción consular en todos los procesos, civiles o criminales, cuando los ciudadanos británicos fueran demandados”.⁸⁴⁰ Una protección similar se garantizaba a los demandados españoles consagrada en los artículos IX, X y XI del tratado español de 1861. La Corte agregó que “consecuentemente, USA adquirió, en virtud de la cláusula de la na-

⁸³⁵ *Ambatielos*, *cit.*, Comisión de Arbitraje, p. 108.

⁸³⁶ *Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco* (France vs. United States of America), *cit.*, p. 176.

⁸³⁷ *Ibidem*, p. 190.

⁸³⁸ *Idem*.

⁸³⁹ *Idem*.

⁸⁴⁰ *Idem*.

ción más favorecida, jurisdicción consular civil y criminal en todos los casos en los que los ciudadanos de USA fueran demandados”.⁸⁴¹

En este sentido, pudiera interpretarse la aceptación de la CIJ sobre la aplicación de las cláusulas de la nación más favorecida a cuestiones jurisdiccionales. Así lo dijo la Corte: “En consecuencia, los Estados Unidos adquirieron en virtud de las cláusula de la nación más favorecida, jurisdicción consular civil y criminal en todos los casos en los cuales nacionales de los Estados Unidos fueran acusados”.⁸⁴²

Dicho razonamiento de la CIJ más que una conclusión se trata de una premisa, pues el verdadero cuestionamiento respecto al cual esta decidió fue el relativo a la existencia del beneficio contenido en los tratados referencia. En el caso en cuestión la extensión de los beneficios contenidos en los tratados referencia no pudo hacerse válida en ningún caso desde 1937, pues tanto España en 1914 como el Reino Unido en 1937 habían renunciado a sus derechos y privilegios capitulares.⁸⁴³ Así que en ningún caso los Estados Unidos podían gozar de protección alguna para ejercer jurisdicción consular a partir de 1937.

La Corte asienta algo muy importante para el ejercicio de la cláusula de la nación más favorecida y es que en el *momento en que el tratado referencia que otorgaba el beneficio pierde vigencia, de igual forma pierde vigencia el beneficio obtenido a través de este*. En otras palabras, el beneficio obtenido de un tratado referencia deja de existir en el momento en que este pierde su vigencia.⁸⁴⁴ En suma, el beneficio obtenido de un tratado referencia no se incorporará definitivamente al tratado base, sino únicamente se mantiene vigente mientras exista el primero.

⁸⁴¹ *Idem.*

⁸⁴² *Idem.*

⁸⁴³ *Idem.*

⁸⁴⁴ *Renta 4 S. V. S. A et al. vs. La Federación Rusa*, Stockholm Chamber of Commerce, award on preliminary objections, 20 de marzo de 2009. También citado como *Renta 4 vs. Rusia*, párr. 88; *Siemens vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 99.