

## Doble nacionalidad en el Arbitraje de Inversiones:

### Tesis de Prohibición Absoluta[1]

Por Pablo Parrilla[2]

#### Introducción [\[arriba\]](#)

A pesar de que el sistema moderno de promoción y protección de las inversiones extranjeras existe hace largas décadas, como si de una prueba de laboratorio (o de mercado) se tratara, en los últimos años se ha visto una incipiente proliferación de demandas arbitrales basadas en Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante “TBI”), presentadas por personas naturales que, además de poseer la nacionalidad del Estado emisor de la inversión, cuentan con la doble nacionalidad del propio Estado receptor de la inversión[3] (es decir, son nacionales del Estado demandado). Incluso, en muchos de estos casos, la nacionalidad de nacimiento del inversor era la del Estado receptor/demandado[4].

La aparición de estos nuevos casos donde los demandantes son nacionales del Estado receptor/demandado, ha implicado serios cuestionamientos a la jurisdicción *ratione personae* de los tribunales arbitrales. En efecto, en este tipo de casos se estarían dirimiendo disputas entre un Estado y sus propios nacionales, cuestión que podría socavar los pilares y fundamentos históricos del arbitraje de inversiones. En efecto, hasta ahora parecía ser claro que, bajo la promesa de atraer inversiones extranjeras[5], los Estados decidieron ceder su soberanía y delegar la jurisdicción natural de las cortes locales a los tribunales arbitrales internacionales sólo respecto de las disputas con inversores extranjeros y no con sus propios nacionales.

Si bien puede ser una obviedad, antes de continuar es prudente advertir que el análisis de toda disputa basada en un TBI debe resolverse mediante la interpretación de ese Tratado en particular[6] y que las consideraciones generales no son automáticamente extrapolables. Pese a lo anterior, a efectos de este artículo académico, es posible abordar la temática desde los aspectos comunes de este tipo de litigios, sin perjuicio de las variables específicas que cada TBI pueda traer a cada caso en concreto.

Con esa advertencia a la vista, el interrogante genérico que se plantea es el siguiente: ¿las personas naturales que poseen la doble nacionalidad del Estado receptor, pueden demandar a ese Estado mediante un arbitraje de inversión?

El propósito de este breve artículo es generar una aproximación a una posible respuesta. Para ello abordaremos inicialmente la naturaleza excepcional de la jurisdicción de los tribunales de arbitraje de inversión (A) y el régimen de interpretación obligatorio de los TBI (B), para finalmente analizar la Tesis de Prohibición Absoluta de las reclamaciones de los dobles nacionales (C), y presentar las conclusiones propuestas (D).

#### A. Naturaleza excepcional de la jurisdicción de los tribunales de arbitraje de inversión [\[arriba\]](#)

Como primera premisa fundamental para el análisis de la problemática planteada, debemos comenzar por establecer ciertas pautas básicas relacionadas con la naturaleza excepcional de la jurisdicción de los tribunales de arbitraje de inversión.

En este sentido, los tribunales arbitrales de inversión son de jurisdicción limitada por la simple razón de que “no existe en el plano internacional un poder centralizado que someta a los Estados a un tribunal con competencia general”[7]. Es decir, para ser juzgados en el plano internacional, los Estados deben dar un consentimiento expreso[8], que no puede ser presumido[9].

Este principio se encuentra íntimamente relacionado con el carácter soberano de los Estados y es reconocido desde antaño por el derecho internacional. En efecto, ya en 1926 la Corte Permanente de Justicia señalaba que: “[i]t is well established in international law that no State can, without its consent, be compelled to submit its disputes [...] either to mediation or to arbitration, or to any other kind of pacific settlement”[10].

Más recientemente, el Prof. Georges Abi-Saab[11], enseñaba que el carácter excepcional de la jurisdicción de los tribunales internacionales se debe a la ausencia de un poder centralizado a nivel internacional que ejerza la función judicial a través de un sistema judicial facultado “desde arriba” (o que, en su lugar, encarne la facultad judicial como parte del poder centralizado). Por ello se requiere que todos los órganos decisorios internacionales sean facultados “desde abajo”, en función del consentimiento y del acuerdo de los sujetos litigantes.[12]

En este sentido, el tribunal del caso *ICS Inspection c. Argentina* clarificó que el consentimiento de un Estado al arbitraje no se presumirá y que la carga de la prueba respecto de la cuestión del consentimiento recae directamente sobre un demandante determinado que la invoque contra un demandado determinado[13]. Por ello, cuando un demandante no logra probar el consentimiento con suficiente certeza, la jurisdicción será rechazada. Tal como lo recuerda el mencionado tribunal:

Este principio deriva de la ausencia de un “default forum” (foro por defecto) para la presentación de reclamos en virtud del derecho internacional. Si bien la jurisdicción inherente o la división hermética de competencia sobre reclamos ante tribunales generales es una característica común de los sistemas judiciales nacionales, la posición por defecto en virtud del derecho internacional público es la ausencia de un foro ante el cual presentar reclamos. Así, la inexistencia de un foro ante el cual presentar reclamos sustantivos válidos es un estado de situación normal en la esfera internacional. Por lo tanto, una resolución de falta de jurisdicción no debería considerarse un defecto del esquema de un tratado que se contraponen a su objeto y fin al momento de establecer protección sustantiva para las inversiones[14].

Al no existir un “default forum” donde cualquier inversor pueda reclamar por sus derechos (o al no existir un poder centralizado a nivel internacional que ejerza la función judicial a través de un sistema judicial facultado “desde arriba”, como enseñaba el Prof. Abi-Saab), los tribunales arbitrales no tienen la facultad de otorgar un remedio ante cada alegada “injusticia percibida”[15]. Es decir, los tribunales arbitrales de inversión no pueden ser nunca tribunales de equidad sino que deben decidir el caso de acuerdo al instrumento según fue redactado por

la partes contratantes, “aplicando las normas de interpretación de los tratados en virtud del derecho internacional”[16].

En virtud de lo anterior, es posible arribar a una primer conclusión parcial; para que un Estado soberano pueda ser sometido a un arbitraje de inversiones, debe existir consentimiento expreso e inequívoco para someterse a su jurisdicción. Este consentimiento no puede ser presumido. Para determinar la existencia de ese consentimiento, los tribunales arbitrales deben someterse al instrumento jurisdiccional invocado, tal como fue redactado por la partes contratantes y mediante la aplicación de “las normas de interpretación de los tratados en virtud del derecho internacional”[17], cuyo detalle se aborda a continuación.

## **B. Régimen de interpretación obligatorio de los TBI [\[arriba\]](#)**

Como segunda premisa fundamental del arbitraje de inversiones, es necesario recordar que todo tratado internacional debe interpretarse -obligatoriamente- de conformidad con el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969 (en adelante “CVDT”). En particular, los TBI deben interpretarse de conformidad con el Artículo 31 que dispone que “[u]n 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”[18].

La interpretación de los TBI de conformidad con el artículo 31 de la CVDT es pacíficamente aceptada[19] y está basada en dos aspectos específicos. Por un lado, se considera que el artículo 31 es una codificación de las reglas de interpretación de tratados surgidas del derecho consuetudinario[20]. Por otro lado, los TBI suelen reconocer de manera expresa la aplicación de las reglas y principios del derecho internacional, entre los que se encuentran las reglas de interpretación establecidas en la CVDT.

En este sentido, debemos destacar que la aplicación del artículo 31 de la CVDT para interpretar los TBI es de carácter obligatorio por parte de los tribunales arbitrales de inversión y no depende de su invocación por las partes del proceso. En efecto, tal como lo expresa la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ), el derecho internacional debe ser conocido y aplicado siguiendo el principio *iura novit curia*[21] (el juez conoce el derecho). Por ello, parafraseando a la CIJ, en el arbitraje de inversiones “*la ley yace bajo el conocimiento de la Corte*”[22].

Estas mismas conclusiones fueron alcanzadas, por ejemplo, por el tribunal arbitral del caso *ICS Inspection c. Argentina*, quien sostuvo que:

[E]l estándar de consentimiento se encuentra firmemente establecido en el derecho internacional y no varía según el contexto en el que se lo considera. Los TBI son tratados y, como tales, son instrumentos que pertenecen al ordenamiento jurídico internacional y derivan su vigor de la regla de pacta sunt servanda de dicho ordenamiento. Por lo tanto, los términos y las disposiciones de los TBI deben interpretarse de conformidad con las reglas normales de interpretación de los tratados y sin perder de vista los principios y las normas de derecho internacional aplicables a las relaciones entre las Partes Contratantes en el TBI (en particular, aquellas de naturaleza sistémica, tales como, por ejemplo, las normas relativas al consentimiento del Estado a la jurisdicción)[23].

Ahora bien, respecto de nuestro objeto de estudio en particular, para determinar si un demandante que posee la doble nacionalidad del Estado receptor califica como “inversor extranjero”, se debe recurrir al TBI invocado (habitualmente al artículo I que suele definir el término “inversor”) y efectuar su interpretación de acuerdo a la CVDT.

Esta interpretación del TBI debe ser efectuada de forma holística, aplicando los distintos elementos que componen el régimen de interpretación del artículo 31 de la CVDT. Al respecto, como bien recordó el tribunal del caso *Manuel García Armas c. Venezuela* en el artículo 31 de la CVDT “no existe un orden de prelación o de jerarquía”[24] y, por ende, en la CVDT “[no se] establece la primacía del sentido literal de los términos del Tratado”[25], sino que es una regla única, que exige una sola operación combinada. Así quedó establecido en los Informes de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante “CDI”) de 1966:

[l]as observaciones de los gobiernos parecen manifestar el temor de que los párrafos sucesivos del artículo [31 de la CVDT] puedan entenderse en el sentido de establecer un orden jerárquico para la aplicación de los diversos elementos de interpretación que figuran en el artículo. La [CDI] [...] se propuso indicar que la aplicación de los medios de interpretación que figuran en el artículo constituirá una sola operación combinada. Todos los diferentes elementos, en la medida en que estén presentes en un caso dado, se mezclarán en el crisol, y su acción recíproca dará entonces la interpretación jurídica pertinente[26].

A la luz de lo anterior, la segunda conclusión parcial es que cuando se invoque un TBI, los tribunales arbitrales deben aplicar obligatoriamente el régimen de interpretación establecido en el artículo 31 de la CVDT. Este artículo no posee internamente un orden de prelación o de jerarquía de sus elementos sino que es una regla única, que exige una sola operación combinada.

### C. Tesis de Prohibición Absoluta de las reclamaciones de los dobles nacionales [\[arriba\]](#)

Habiendo establecido hasta aquí las premisas fundamentales del análisis, respecto de la naturaleza excepcional de la jurisdicción de los tribunales de arbitraje de inversión y del régimen de interpretación obligatorio de los TBI de conformidad con el artículo 31 de la CVDT, corresponde ahora adentrarnos en la cuestión específica de si los nacionales del Estado receptor/demandado efectivamente gozan de protección jurisdiccional para demandar a su propio Estado en tribunales arbitrales de inversión.

Al respecto, en la actualidad existe un número limitado de laudos emitidos por diversos tribunales arbitrales que abordan el interrogante planteado. A partir de los resultados de esos Laudos, es posible categorizar las soluciones dadas por los tribunales internacionales de la siguiente forma:

(i) **Tesis de Prohibición Absoluta:** en ausencia de una previsión expresa, los TBI no protegen a quienes posean la nacionalidad del Estado receptor/demandado[27];

(ii) **Tesis de Nacionalidad Dominante[28]:** en ausencia de una previsión expresa, los TBI no protegen a quienes posean la nacionalidad del Estado receptor/demandado, siempre que esa nacionalidad sea la dominante[29].

Si bien las dos tesis previas son la corriente mayoritaria, también existe una tercera posición marginal:

**(iii) Tesis de Permisi3n:** en ausencia de una previsi3n expresa, el Tratado s3 protege a los dobles nacionales y que no existen restricciones que limiten su capacidad para reclamar contra cualquiera de los dos Estados de los que son nacionales[30].

En virtud de la brevedad exigida para este tipo de trabajos, en esta ocasi3n me abocar3 a desarrollar 3nicamente la tesis de Prohibici3n Absoluta. Este abordaje y sus conclusiones no invalidan, sino que refuerzan, el eventual reconocimiento subsidiario de la tesis de la Nacionalidad Dominante.

Como fue resumido m3s arriba, la tesis de Prohibici3n Absoluta establece esencialmente que, en ausencia de una previsi3n expresa, los TBI no protegen a quienes posean la nacionalidad del Estado receptor/demandado. Esta tesis parte del art3culo 4, el Convenio de La Haya Concerniente a Determinadas Cuestiones Relativas a Conflictos de Leyes de Nacionalidad de 1930 (el “Convenio sobre Nacionalidad”), cuyo texto dispone que “[u]n Estado no podr3 otorgar protecci3n diplom3tica a uno de sus nacionales en contra de un Estado cuya nacionalidad dicha persona tambi3n posee”[31].

Tal como explic3 el tribunal del caso *Manuel Garc3a Armas c. Venezuela*[32], esta disposici3n del Convenio sobre Nacionalidad est3 fundada en las conclusiones del an3lisis realizado por el Prof. Edwin B. Borchard en el a3o 1916, quien concluy3 que una persona no puede demandar a su propio gobierno ante una corte internacional[33].

A su vez, la codificaci3n del art3culo 4 del Convenio sobre Nacionalidad reconoce y da sustento a los precedentes previos y posteriores a su sanci3n (especialmente entre los a3os 1928 y 1933[34]), en los que se declin3 jurisdicci3n cuando el reclamo era realizado contra uno de los Estados de los cuales el demandante era nacional. Por ejemplo, en el caso *Bosques de R3dope Central (Grecia c. Bulgaria)* de 1933, se concluy3 que:

En el momento en que ocurri3 el hecho perjudicial - la supuesta confiscaci3n de los bosques - eran, por lo tanto, indiscutiblemente nacionales del pa3s que tom3 las medidas incriminadas. En estas condiciones, no puede ser admisible, seg3n el derecho internacional com3n, reconocer el derecho del Gobierno hel3nico a presentar reclamaciones en su beneficio por estos actos perjudiciales, dado que fueron causados ??por su propio Gobierno[35].

A la luz de esos antecedentes y de la codificaci3n del art3culo 4 del Convenio sobre Nacionalidad, en 1949 la CIJ consolid3 la regla de que “*the ordinary practice whereby a State does not exercise protection on behalf of one of its nationals against a State which regards him as its own national*”[36].

M3s de una d3cada despu3s, este mismo principio que impide a los dobles nacionales gozar de protecci3n internacional frente a su propio Estado, fue receptado en el Convenio CIADI, que es considerado uno de los pilares del sistema moderno de promoci3n y protecci3n de las inversiones extranjeras.

En un primer momento, los borradores del Convenio CIADI reconocían la posibilidad de que un doble nacional demandara a alguno de los Estados de su nacionalidad. Concretamente, el texto original del Convenio CIADI establecía que:

"Nacional de un Estado Contratante" significa persona natural o jurídica que tenga la nacionalidad de cualquier Estado Contratante a la fecha de vigencia del consentimiento de dicha persona a la jurisdicción del Centro según dispone la Sección 2 del Artículo II, y comprende (a) toda compañía que sea nacional de un Estado de acuerdo con el Derecho interno de ese Estado, y (b) toda compañía en que los nacionales de ese Estado tengan un interés predominante. "Compañía" comprende a toda asociación de personas naturales o jurídicas, tenga o no personalidad jurídica de acuerdo con el Derecho interno del Estado Contratante de que se trate.

"Nacional de otro Estado Contratante" significa todo nacional de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la disputa, aun cuando tal persona tenga, concurrentemente, la nacionalidad de un Estado que no sea parte en este Convenio o del Estado parte en la disputa[37].

Sin embargo, durante las negociaciones del Convenio, dicha cláusula fue eliminada a solicitud de los Estados. En efecto, múltiples representantes estatales se expresaron en contra de la posibilidad de que un ciudadano doble nacional pudiese demandar a alguno de sus propios Estados. Por ejemplo, el representante de Sudáfrica (con apoyo de muchos Estados africanos) sostuvo de modo terminante que:

To give an individual with dual nationality the right of bringing an action against the State of his effective nationality would amount to additional privilege and would represent an unwarranted invasion of the sovereignty of the national State[38] [...]

Various views had been expressed regarding plural nationality and the undesirability of a citizen instituting proceedings against his own State. The purpose which those drafting the Convention had had in mind had been to meet cases where a host country with full knowledge of the facts elected to treat an individual with dual nationality as an alien. The original intention had been to omit mention of the question of effective nationality to see whether there would be acceptance of the general proposition that where a host State in full knowledge of the facts elected to treat an investor as a foreigner even though it could claim with justification that he was its national that election should be given effect by the Convention. Although some African countries were in favor of doing so, on balance opinion seemed to be against it[39].

En sentido similar, el representante de España afirmó que:

With regard to the problem of dual nationality, he felt that, where one of the two nationalities involved was that of the host State, that State would not agree to being brought before an international forum by a person whom it claimed as its national.

On the question of dual nationality he could not agree that a State would under any circumstance consider foreign an investment made by one of its nationals even if he had

concurrently the nationality of another State. A national should have access to his State only before the Courts of that State[40].

Por su parte, el representante de Países Bajos sostuvo que:

it would be unrealistic to expect nations to recognize the dual nationality of persons living in their territory in order to give those persons the right to sue them. It had to be remembered that in such cases the person's second government would have the right to give him diplomatic protection, whereby the first government would at once lose part of its rights over a resident citizen. Since such cases were likely to be rare, he felt it might be wiser not to mention the question in the Convention in order to avoid frightening possible signatories[41].

En esta misma línea, el representante de Venezuela sostuvo que:

He suggested that the rule in cases of conflict of nationality be that the nationality of the State with which the dispute has arisen prevail, since it was difficult to conceive of a State in full possession of the facts wishing to submit to an international jurisdiction, a dispute with a person whom it regarded as possessing its own nationality[42].

Sin perjuicio de la posición de los representantes estatales, existen declaraciones del propio Sr. Broches[43] por las cuales se identifica la posición general de los Estados durante las negociaciones. Por ejemplo, el Sr. Broches sostuvo:

The CHAIRMAN stated that, as had been borne out by the discussion at earlier sessions, the main issue raised by Article X was that of dual nationality, this form being used in the sense of two nationalities, one of which was that of the host State. Some host States might be reluctant to extend the benefits of the Convention to persons or companies possessing their nationality, and Article X did not require them to do so[44].

A la luz de estas recopilaciones, un repaso por la historia del Convenio permite concluir de forma categórica que los Estados no admitían la posibilidad de que un ciudadano pueda acceder a un tribunal arbitral para reclamar contra su propio Estado. En efecto, “las disputas entre un Estado y sus propios nacionales debían permanecer en la esfera de lo doméstico, sin importar que dichos individuos tuviesen también la nacionalidad de un tercer Estado”[45].

Como consecuencia de la posición asumida por los Estados, los redactores del Convenio finalmente introdujeron una prohibición absoluta a los reclamos de los dobles nacionales, como dispuso el texto final del artículo 25(2)(a) del Convenio CIADI:

Se entenderá como "nacional de otro Estado Contratante":

(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia.[46]

De este modo, siguiendo el principio establecido en el artículo 4 del Convenio sobre Nacionalidad y la doctrina de la CIJ, durante la celebración del Convenio CIADI los Estados no estaban dispuestos a conceder protecciones internacionales a sus nacionales, a pesar de que el borrador del Convenio contenía disposiciones más permisivas. Como resultado de la presión ejercida por Estados esas previsiones fueron finalmente reemplazadas por una prohibición absoluta de que un Estado pueda ser demandado por sus propios nacionales. Seis décadas después, esa prohibición absoluta sigue rigiendo el Convenio CIADI y no existe ningún caso de dobles nacionales que haya sido registrado por la Secretaría.

Ahora bien, a pesar de que muchos de TBI establecen el Convenio CIADI como foro de resolución de disputas (lo que deriva en la aplicación del artículo 25 del Convenio y, por ende, de la prohibición absoluta de dobles nacionales para demandar a sus propios estados), lo cierto es que algunos de estos TBI permiten al demandante acudir a otros foros de resolución de disputas, como por ejemplo el reglamento de arbitraje de la CNUDMI, cuando el CIADI no está disponible[47].

En estos casos, donde el TBI guarda silencio sobre los dobles nacionales y donde además del CIADI hay otros foros secundarios mencionados, surge el interrogante: ¿la prohibición absoluta establecida en el artículo 4 del Convenio sobre Nacionalidad, reconocida por la doctrina de la CIJ e incorporada en el artículo 25 del Convenio CIADI, es igualmente aplicable? La respuesta ineludible es que efectivamente esa prohibición sí aplica, por ser parte del derecho internacional consuetudinario[48] y porque así se deriva de la interpretación de los TBI de conformidad con el artículo 31 de la CVDT.

Tal como la historia narrada anteriormente lo demuestra, resulta absurdo pensar que los Estados tenían la vocación de ceder soberanía jurídica para proteger a sus propios nacionales. Las bases y principios más elementales de los TBI y del todo el sistema de promoción y protección de las inversiones extranjeras es, valga la redundancia, la “promoción y protección” de “inversiones extranjeras” y no de “inversiones nacionales” para las cuales el ciudadano dispone de todas las herramientas jurídicas reconocidas en su ordenamiento interno. En este sentido, no se puede obviar ni pretender desconocer las presiones[49] y motivaciones de índole económico que los Estados tuvieron para incorporarse al sistema, tanto mediante la suscripción del Convenio CIADI como de los distintos TBI celebrados. En efecto, si los Estados suscribieron esos Tratados con la promesa de los órganos internacionales de que éstos servirían para “atraer” inversiones extranjeras que repercutieran favorablemente en sus economías domésticas, no se puede pretender extender esas protecciones a inversiones realizadas por sus propios nacionales. El objeto y fin del Sistema de promoción y protección siempre estuvo, está y estará enfocado única y exclusivamente en las inversiones extranjeras y nunca en las inversiones domésticas.

Por otra parte, también resulta desatinado pretender que un mismo TBI pueda conferir derechos jurisdiccionales distintos, según el foro al que se pueda o no acudir. Por ende, si el TBI establece al CIADI como foro principal de resolución de disputas, el contenido del artículo 25 del Convenio se aplica indirectamente al resto de los foros mencionados en el TBI.

En este sentido, distintos tribunales internacionales han establecido que la definición del término “inversiones” contenido en un TBI se debía mantener inalterable con independencia del foro en el cual se esté llevando adelante el litigio, ya que de lo contrario se crearían dos definiciones del mismo término, bajo el mismo TBI[50]. Por ejemplo, el tribunal arbitral del



caso Romak sostuvo que “*the substantive protection offered by the BIT would be narrowed or widened, as the case may be, merely by virtue of a choice between the various dispute resolution mechanisms sponsored by the Treaty. This would be both absurd and unreasonable.*”[51] Otros tribunales arbitrales se han manifestado en un sentido similar[52].

Esa misma lógica aceptada por numerosos tribunales arbitrales de que el término “inversiones” no puede ser distinto según el foro al que se recurra, debe ser aplicada al término “inversores”. Por ende, si el TBI establece prioritariamente el Convenio CIADI como foro principal y el Convenio impide la jurisdicción de casos iniciados por dobles nacionales, entonces al acudir a un foro secundario no podría permitir evadir la prohibición absoluta, puesto que no se trata de meras reglas procesales sino de derechos jurisdiccionales.

En este sentido, no hay lógica jurídica en sostener que los Estados no estaban dispuestos a conceder protección a los dobles nacionales que acudan al CIADI, pero sí estaban dispuestos a conceder protección a los dobles nacionales que recurran a otros foros secundarios como el CNUDMI. Las protecciones jurisdiccionales otorgadas por un Estado en un TBI no pueden variar ni estar sujetas al foro en el que el litigio se lleve adelante, en la medida en que se tratan de derechos jurisdiccionales y no de asuntos meramente procesales.

La interpretación de los TBI de conformidad con el artículo 31 de la CVDT confirma esta posición. En efecto, cuando en las habituales cláusulas de jurisdicción de los TBI se reconoce al CIADI en primer término y se establece que si éste no estuviera disponible se podrá optar por otros foros, como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o el Mecanismo Complementario del CIADI, las partes reconocen una determinada jerarquía entre los foros arbitrales, siendo el CIADI el foro principal y los restantes (CNUDMI) foros secundarios para el caso que el CIADI no esté disponible.

Debido a esta estructura que impone la prioridad de los arbitrajes bajo el CIADI (y en la medida en que el TBI no asuma ninguna otra posición específica), el principio de no responsabilidad contenido en el foro principal (CIADI) debe ser aplicado a los litigios tramitados bajo otros foros (CNUDMI). A la luz de estas circunstancias, el tribunal arbitral del caso *Manuel García Armas c. Venezuela* concluyó que:

Permitir los reclamos de dobles nacionales bajo el Tratado reclamos prohibidos por el Sistema CIADI- equivaldría a aceptar que un arbitraje bajo el Reglamento CNUDMI tendría jurisdicción sobre un universo de inversores diferentes. De esta manera, habría una definición de “inversor” en un arbitraje relacionado con el CIADI, y otra para los arbitrajes bajo el Reglamento CNUDMI -un desenlace que el Tribunal no puede aceptar. Para evitarlo, el Tribunal concluye que el término “inversor” en el Tratado incorpora el tratamiento relativo a los dobles nacionales del Sistema CIADI. La estructura misma del Tratado, su jerarquía respecto a los foros disponibles, y la necesidad de mantener inalterable los términos del Tratado con independencia del foro arbitral donde la demanda se interponga, llevan al Tribunal a concluir que -ante el silencio en la definición de “inversor” en el Tratado respecto de los dobles nacionales- las Partes Contratantes asumieron el principio de la no responsabilidad[53].

Esta línea conclusiva ha sido reconocida por otros tribunales arbitrales, quienes sostuvieron que mediante la referencia al Convenio CIADI los Estados contratantes “*han implícita, pero necesariamente, excluido a los dobles nacionales del ámbito de aplicación del TBI*”[54].

Siguiendo adelante con el análisis, cabe finalmente preguntarse qué sucedería si el TBI no aborda expresamente la problemática de los dobles nacionales, no establece al CIADI como foro de resolución de disputas, o bien establece al CIADI como un foro secundario. Si bien, desde un punto de vista pragmático, este caso hipotético sería extraño ya que la inmensa mayoría de los TBI incluye al CIADI como foro[55], lo cierto es que en esos casos igualmente debería aplicarse la tesis de Prohibición Absoluta.

Lo descrito anteriormente se debe a que el derecho internacional consuetudinario es derecho aplicable a las disputas Inversor-Estado por ser esas disputas materia de derecho internacional, más allá de que habitualmente los TBI incluyen previsiones relativas a la aplicación obligatoria del derecho internacional consuetudinario.

Sin embargo, en lo que respecta a los asuntos jurisdiccionales como el aquí analizado, no es cualquier derecho internacional el que debe aplicarse sino el correspondiente al marco intertemporal del derecho internacional aplicable. En efecto, el derecho internacional que debe aplicarse a esta cuestión y a otras cuestiones jurisdiccionales, según el artículo 31 (c) de la CVDT, es el vigente al momento en el que el TBI fue suscripto. En otras palabras, el árbitro debe trasladarse al contexto histórico en el que ese TBI fue celebrado, tal como ha sido ratificado por la CIJ[56] y reiteradamente reconocido por los tribunales arbitrales[57]. Como fue establecido previamente, ese contexto histórico marca con claridad la negativa de los Estados a conceder una protección internacional sus propios nacionales.

#### **D. Conclusiones [\[arriba\]](#)**

Establecidos los puntos anteriores, corresponde finalmente hacer converger los factores en una conclusión final. Por un lado, hemos entendido que i) la naturaleza de la jurisdicción de los tribunales de arbitraje de inversión es excepcional y que el consentimiento del Estado debe ser expreso, ii) que todos los TBI deben ser interpretados obligatoriamente bajo el artículo 31 de la CVDT, iii) que el derecho internacional al que se refieren los TBI y el artículo 31(c) de la CVDT es el derecho internacional vigente según el marco temporal aplicable al momento de la celebración del tratado.

Por otro lado, hemos establecido que a lo largo de todo el siglo XX la CIJ y los Estados han ratificado el principio de prohibición absoluta. Ello surge de los distintos precedentes de la CIJ previos y posteriores a la sanción del artículo cuatro del Convenio sobre Nacionalidad y fue luego ratificado por las negociaciones del Convenio CIADI, que derivaron en la redacción final del Artículo 25 cuya prohibición absoluta es incuestionable y plenamente vigente. Esa revisión histórica, impide desconocer que los Estados suscribieron los TBI con la promesa de “atraer” inversiones extranjeras que repercutieran favorablemente en sus economías domésticas, y no para extender esas protecciones a inversiones realizadas por sus propios nacionales. El objeto y fin del Sistema de promoción y protección siempre estuvo, está y estará enfocado única y exclusivamente en las inversiones extranjeras y nunca en las inversiones domésticas.

A la luz de lo anterior, y sin perjuicio de otro importante número de consideraciones de derecho internacional que han sido omitidas en función de la brevedad, la tesis de prohibición absoluta debe predominar siempre que el TBI no establezca expresamente una posición distinta, especialmente -aunque no exclusivamente- cuando que el CIADI es uno de los foros de resolución de disputas disponibles. Como fue advertido inicialmente, este abordaje y sus conclusiones no invalidan, sino que refuerzan, el eventual reconocimiento subsidiario de la tesis de la Nacionalidad Dominante.

## Notas [\[arriba\]](#)

[1] Este artículo forma parte del trabajo doctoral del autor.

[2] Pablo Parrilla es abogado por la Universidad de Buenos Aires, con dedicación exclusiva a la representación de Estados soberanos y entidades privadas en arbitrajes de inversión, arbitrajes comerciales y litigios complejos internacionales. A la fecha de esta publicación, Pablo ha participado en más de 40 casos de arbitrajes de inversión CIADI, entre otros procedimientos internacionales. Las opiniones académicas vertidas por el autor en este documento son exclusivamente personales y no son extensibles ni atribuibles a sus representados o entidades relacionadas.

[3] Ver, por ejemplo, los casos Manuel García Armas et al. c. República Bolivariana de Venezuela, Caso PCA No. 2016-08; Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. República Árabe de Egipto, Caso CPA No. 2012-7; Dawood Rawat c. República de Mauricio, Caso CPA No. 2016-20; Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile, Caso CIADI No. ARB/98/2; Serafín García Armas y Karina García Gruber c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CPA No. 2013-3; Michael Ballantine y Lisa Ballantine c. República Dominicana, Caso CPA N.º 2016-17; y, Enrique Heemsen and 2. Jorge Heemsen c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CPA No. No. 2017-18.

[4] Esto sucedió, por ejemplo, en el caso Manuel García Armas et al. c. República Bolivariana de Venezuela, Caso PCA No. 2016-08, donde las Sras. Margaret García Piñero y Carmen García Cámara y el Sr. Manuel García Piñero eran ciudadanos venezolanos de nacimiento, mientras que los Sres. Manuel, Pedro, Sebastián, y Domingo García Armas y el Sr. Domingo García Cámara eran nacionales venezolanos por opción. Una misma situación se dio en el caso Serafín García Armas y Karina García Gruber c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CPA No. 2013-3, donde la Sra. Karina García Gruber era ciudadana venezolana de nacimiento. En el mismo sentido, esto se dio en el caso Enrique Heemsen and 2. Jorge Heemsen c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CPA No. No. 2017-18.

[5] Esta decisión de los Estados soberanos está íntimamente vinculada con ciertas tesis de política económica de finales de siglo XX, que sostiene que la suscripción de TBI “atraería” inversiones extranjeras en países no desarrollados. Sin embargo, ya en 2009 la UNCTAD reconoció que “[l]os TBI añaden varios componentes necesarios a los determinantes institucionales y de política de la IED y, por consiguiente, sólo influyen indirectamente en las corrientes de inversión hacia los países en desarrollo. Ese efecto indirecto de los TBI en la IED se ha medido en una serie de estudios econométricos publicados entre 1998 y 2008”. Ver, UNCTAD, El papel de los acuerdos internacionales de inversión en la atracción de inversión extranjera directa hacia los países, en desarrollo colección de publicaciones de la UNCTAD sobre las políticas internacionales de inversión para el desarrollo (2009). En el mismo sentido, se ha dicho que “Muchos estudios han evaluado si existe una correlación

directa entre la firma de los acuerdos de inversión y la atracción de inversión extranjera directa. La evidencia muestra que "los tratados de inversión no son suficientes ni necesarios para atraer inversión extranjera". Ver, Cecilia Olivet, El lado oscuro de los acuerdos de inversión, nota al pie nro. 3 con cita a Bernasconi - Osterwalder.

[6] Tal como se reseña debajo, este ejercicio deberá realizarse siguiendo las pautas obligatorias del Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados.

[7] Manuel García Armas et al. c. República Bolivariana de Venezuela, Caso PCA No. 2016-08, Laudo de Jurisdicción, 13 de diciembre de 2019, ¶ 629. Ver también, Ambiente Ufficio S.P.A. y otros c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/08/9, Disidencia del Prof. Santiago Torres Bernárdez a la Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 2 de mayo de 2013, ¶¶ 52, 60, 332-337.

[8] Abaclat y otros c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, Opinión Disidente del Prof. Georges Abi-Saab, 4 de agosto de 2011, ¶ 7.

[9] Ver, por ejemplo, Caso del Asilo (Colombia c. Perú), Corte Internacional de Justicia, Sentencia, 20 de noviembre de 1950, 1950 ICJ Reports p. 266, p. 276; Caso Relativo a los Derechos de los Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (Francia c. EE.UU.), Corte Internacional de Justicia, Sentencia, 27 de agosto de 1952, 1952 ICJ Reports p. 176, p. 200. Ver también, Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América, Caso CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009, ¶¶ 601-602.

[10] Corte Permanente de Justicia Internacional, Opinión Consultiva en el caso Carelia Oriental, 1923, Series B, p. 27.

[11] El Profesor Abi-Saab ha sido juez ad hoc del Corte Internacional de Justicia, juez del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR) y ex Presidente del Órgano de Apelación de la Organización de Comercio Mundial.

[12] Abaclat y otros c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, Opinión Disidente del Prof. Georges Abi-Saab, 4 de agosto de 2011, ¶ 7.

[13] Respecto de la carga de la prueba en materia jurisdiccional, ver, por ejemplo: Caso del Asilo (Colombia c. Perú), Corte Internacional de Justicia, Sentencia, 20 de noviembre de 1950, 1950 ICJ Reports p. 266, p. 276; Caso Relativo a los Derechos de los Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (Francia c. EE.UU.), Corte Internacional de Justicia, Sentencia, 27 de agosto de 1952, 1952 ICJ Reports p. 176, p. 200. Ver también, Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América, Caso CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009, ¶¶ 601-602.

[14] ICS Inspection y Control Services Limited (Reino Unido) c. República Argentina, Caso CPA No. 2010-9, Decisión sobre Jurisdicción, 10 de febrero de 2012, ¶¶ 279-281.

[15] Manuel García Armas et al. c. República Bolivariana de Venezuela, Caso PCA No. 2016-08, Laudo de Jurisdicción, 13 de diciembre de 2019, ¶ 633.

[16] ICS Inspection y Control Services Limited (Reino Unido) c. República Argentina, Caso CPA No. 2010-9, Decisión sobre Jurisdicción, 10 de febrero de 2012, ¶ 266.

[17] ICS Inspection y Control Services Limited (Reino Unido) c. República Argentina, Caso CPA No. 2010-9, Decisión sobre Jurisdicción, 10 de febrero de 2012, ¶ 266.

[18] Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT), Artículo 31.

[19] Ver, por ejemplo, Raimundo J. Santamarta Devis c. República Bolivariana de Venezuela, Caso PCA No. 2020-56, Laudo de Jurisdicción, 26 de julio de 2023, ¶ 353; Antonio Del Valle Ruiz y otros c. España, Caso PCA No. 2019-17, Laudo Final, 13 de marzo de 2023, ¶ 246; RENERGY S.à r.l. c. España, Caso CIADI No. ARB/14/18, Laudo, 6 de mayo de 2022, ¶ 366, entre muchos otros.

- [20] Ver, por ejemplo, *Kasikili Sedudu Island (Botswana c. Namibia)*, 1999, CIJ Rep 1045, ¶ 48; *CIJ Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia c. Malasia)*, 2002, CIJ, Rep 626, ¶ 37; *Oil Platforms (Irán c. Estados Unidos)*, 2003, CIJ Rep 161, ¶ 41, entre otros. Ver también, *Lone Pine Resources Inc. c. Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/15/2, Laudo Final, 21 noviembre de 2022, ¶ 286.
- [21] *Caso Relativo a los Derechos de los Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (Francia c. EE.UU.)*, Corte Internacional de Justicia, Sentencia, 27 de agosto de 1952, 1952 ICJ Reports p. 176, p. 200. Ver también, *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009, ¶¶ 601-602.
- [22] *Caso Relativo a la Jurisdicción en Materia de Pesquerías (Reino Unido c. Islandia)*, Corte Internacional de Justicia, Sentencia, 25 de julio de 1974, 1974 ICJ Reports p. 3, ¶ 17
- [23] *ICS Inspection y Control Services Limited (Reino Unido) c. República Argentina*, Caso CPA No. 2010-9, Decisión sobre Jurisdicción, 10 de febrero de 2012, ¶¶ 279.
- [24] *Manuel García Armas et al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso PCA No. 2016-08, Laudo de Jurisdicción, 13 de diciembre de 2019, ¶ 643.
- [25] *Manuel García Armas et al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso PCA No. 2016-08, Laudo de Jurisdicción, 13 de diciembre de 2019, ¶ 644.
- [26] *Informes de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en la segunda parte de su 17vo. período de sesiones y en su 18vo período de sesiones, 1966*, UN Doc. No. A/6309/Rev.1, Comentario a los artículos 27 y 28, ¶ 8.
- [27] Ver, *Manuel García Armas et al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso PCA No. 2016-08, Laudo de Jurisdicción, 13 de diciembre de 2019.
- [28] Si bien es habitual encontrar la denominación de esta categorización como “nacionalidad efectiva y dominante”, el autor considera que lo más apropiado es reducirla a “dominante” dado que en ninguno de estos casos se cuestionó la existencia o validez legal de la nacionalidad invocada. Es decir, no se cuestionó la “efectividad” de la nacionalidad.
- [29] Ver, *Raimundo J. Santamarta Devis c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso PCA No. 2020-56, Laudo de Jurisdicción, 26 de julio de 2023.
- [30] Ver, *Serafín García Armas y Karina García Gruber c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CPA No. 2013-3.
- [31] *Convenio de La Haya Concerniente a Determinadas Cuestiones Relativas a Conflictos de Leyes de Nacionalidad*, Artículo 30.
- [32] *Manuel García Armas et al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso PCA No. 2016-08, Laudo de Jurisdicción, 13 de diciembre de 2019, ¶ 660.
- [33] E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, (1916), p. 588 (“a person cannot sue his own government in an international court, nor can any other government claim on his behalf”). Ver también,
- [34] Ver, por ejemplo *Max Fox (EE.UU.) c. Austria y Hungría*, 25 de mayo de 1928, vol. VI Reports of International Arbitral Awards p. 249; *Alexander Tellech (EE.UU.) c. Austria y Hungría*, 25 de mayo de 1928, vol. VI Reports of International Arbitral Awards p. 248 ; *Carlos L. Oldenbourg (Reino Unido) c. Estados Unidos Mexicanos*, 19 de diciembre de 1929, vol. V Reports of International Arbitral Awards p. 74; y, *Coralie Davis Honey*, en nombre de la sucesión del fallecido *Richard Honey (Reino Unido) c. Estados Unidos Mexicanos*, 26 de marzo de 1931, vol. V Reports of International Arbitral Awards p. 133, entre otros.
- [35] *Bosques de Ródope Central (Grecia c. Bulgaria)*, 29 de marzo de 1933, vol. III Reports of International Arbitral Awards p. 1389, p. 1421 (traducción libre).
- [36] *Reparación por Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas*, Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva, 11 de abril de 1949, 1949 ICJ Reports p. 174, p. 18.
- [37] *History of the ICSID Convention*, Tomo I, p. 123.
- [38] *History of the ICSID Convention*, Tomo II-1, p. 394.

- [39] History of the ICSID Convention, Tomo II-1, p. 395.
- [40] History of the ICSID Convention, Tomo II-1, p. 396.
- [41] History of the ICSID Convention, Tomo II-1, p. 445.
- [42] History of the ICSID Convention, Tomo II-1, p. 325.
- [43] El Sr. Aron Broches ocupó el cargo de “General Counsel” del Banco Mundial y del IFC entre los años 1959 y 1971; fue Vicepresidente y General Counsel entre los años 1972-1979, y fue Secretario General del CIADI entre 1967-1980. Es habitualmente considerado el “Padre” del Convenio CIADI.
- [44] History of the ICSID Convention, Tomo II-1, p. 359.
- [45] Manuel García Armas et al. c. República Bolivariana de Venezuela, Caso PCA No. 2016-08, Laudo de Jurisdicción, 13 de diciembre de 2019, ¶ 669.
- [46] Convenio CIADI, Artículo 25(2)(a)
- [47] Por ejemplo, cuando el Estado aún no es parte del Convenio o cuando el Convenio ha sido denunciado por parte de un Estado contratante.
- [48] Naturalmente, ello sucede solo cuando el TBI no disponga lo contrario.
- [49] Solo por citar un ejemplo, En la República Argentina, las instituciones financieras internacionales presionaron al gobierno del Presidente Raúl Alfonsín (1983-1989) para que abandonara las políticas neo-keynesianas, implementara reformas impositivas, liberalizara el comercio con protecciones a las inversiones extranjeras. Frente a la inacción del gobierno, el Banco Mundial “concluyó que el gobierno no había realizado los progresos suficientes para llegar a las metas reformistas y suspendió los desembolsos de un préstamo de ajuste estructural”. Ver, Gladys Lechini, La globalización y el Consenso de Washington : sus influencias sobre la democracia y el desarrollo en el sur, CLACSO, 2008, p. 145.
- [50] Manuel García Armas et al. c. República Bolivariana de Venezuela, Caso PCA No. 2016-08, Laudo de Jurisdicción, 13 de diciembre de 2019, ¶ 722.
- [51] Romak S.A. c. República de Uzbekistán, Caso CPA No. AA280, Laudo, 26 de noviembre de 2009, ¶ 194.
- [52] Ver, por ejemplo, Nova Scotia Power Limited c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI ARB(AF)/11/11, Laudo, 30 de abril de 2014, ¶ 80 y Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. República de Albania, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo, 30 de julio de 2009, ¶ 46.
- [53] Manuel García Armas et al. c. República Bolivariana de Venezuela, Caso PCA No. 2016-08, Laudo de Jurisdicción, 13 de diciembre de 2019, ¶ 723.
- [54] Dawood Rawat c. República de Mauricio, Caso CPA No. 2016-20, Laudo sobre Jurisdicción, 6 de abril de 2018, ¶ 179.
- [55] Según la UNCTAD, de un total de 2583 TBI analizados al día de la fecha, 2191 poseen como foro arbitral el CIADI. Esto representa un 85% de los TBI celebrados. Ver, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/ii-mapping>
- [56] Isla de las Palmas (EE.UU. c. Países Bajos), Caso CPA No. 1925-01, Laudo, 4 de mayo 1928.
- [57] C. Schreuer, “Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration”, 2014-2015 McGill J. Disp. Resol. p. 1, p. 20.