



**JUAN BAUTISTA
CARRERO MARRERO***

EL ACCESO DE LOS DOBLES NACIONALES AL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES. LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL INDUBIO PRO HOMINE COMO PRINCIPIO INTERPRETATIVO DE ACCESO AL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Resumen: El presente trabajo tiene por finalidad analizar las distintas regulaciones y criterios que se han elaborado para permitir a los inversionistas, personas naturales, con más de una nacionalidad, reclamar sus derechos contra el Estado Receptor de la Inversión del cual también son nacionales. A tales fines se analizan los distintos tipos de Tratados de Protección de Inversiones, la teoría de la nacionalidad efectiva y dominante y el indubio pro homine como principio interpretativo de acceso al arbitraje de inversión.

Palabras clave: arbitraje, inversión, dobles nacionales, nacionalidad efectiva, indubio pro homine

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the different regulations and criteria that have been developed to allow investors, natural persons, with more than one nationality, to claim their rights against the Recipient State of the Investment of which they are also nationals. For such purposes, the different types of Investment Protection Treaties, the theory of effective and dominant nationality and the indubio pro homine as an interpretive principle of access to investment arbitration are analyzed.

Key words: arbitration, investment, double nationals, effective nationality, indubio pro homine

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Financiero por la misma Universidad (Cum Laude). Egresado de los Programas de Gerencia del Conflicto, Negociación, Mediación y Arbitraje, y Desarrollo Gerencial del IESA, Caracas. Así como, del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila, Caracas. Ex profesor de Derecho Administrativo. Árbitro Independiente. Consultor y Litigante.

Sumario: Introducción. 1. Los Distintos Tratados de Promoción y Protección de Inversiones. *Lex Specialis*. Distintos tratamientos. A) Tratados que los Excluyen expresamente. B) Tratados que los condicionan al cumplimiento de ciertos requisitos. C) Tratados que no se pronuncian al respecto. 2. La Doctrina de la Nacionalidad Dominante y Efectiva. 3. La Cláusula de la Nación más Favorecida. 4. La Tutela de los Derechos Humanos y el Indubio Pro Homine como principio interpretativo de acceso al Arbitraje de Inversión. Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje internacional de inversiones tiene la finalidad de resolver las disputas que se presenten entre un inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión. Generalmente involucra “reclamaciones derivadas de expropiaciones no pagadas, y de tratos injustos, inequitativos y discriminatorios sufridos por el Inversor de parte del Estado anfitrión”¹.

Este tipo de arbitraje tiene su fuente en Tratados Bilaterales y Multilaterales de Promoción y Protección de Inversiones que le “otorgan al inversor extranjero el derecho de someter una controversia con el Estado receptor a una instancia arbitral internacional”², cuando “siente que sus derechos bajo el tratado han sido violados”³.

Visto que no existe uniformidad en el contenido de los Tratados Bilaterales y Multilaterales de Promoción y Protección de Inversiones, cada uno de ellos puede contemplar distintos estándares y requisitos para acceder al arbitraje internacional de inversiones. Sin embargo, “[c]ualquiera que sea el término que utilice el tratado para definir al sujeto legitimado para invocarlo, el requisito sine qua non de la definición, sea de persona natural o jurídica, es que debe tener la nacionalidad de alguno de los Estados parte del tratado”⁴. Específicamente, debe tener

¹ Gary B. Born, *International Arbitration. Law and Practice* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016), 43. Traducción libre.

² Tempone, Rubén, *Protección de Inversiones Extranjeras* (Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2003), 32.

³ Sabahi Rubins, *Investment Claims* (Oxford: Oxford University Press, 2022).

⁴ José Gregorio Torrealba R. *LA DEFINICION DE “INVERSIONISTA”. LA NACIONALIDAD Y EL TREATY SHOPPING. LIBRO HOMENAJE AL DOCTOR PEDRO NIKKEN, TOMO II* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Editorial Jurídica Venezolana, 2021, 91-92), 1249.

la nacionalidad del Estado contratante con el Estado Receptor de la Inversión.

Producto de los grandes movimientos migratorios que ha experimentado la humanidad, muchas personas naturales poseen más de una nacionalidad. Razón por la cual, el tema de la doble nacionalidad de las personas naturales cobra relevancia en materia de arbitraje de inversiones, donde se han generado distintos tipos de regulaciones, criterios doctrinales y Laudos arbitrales, que van desde negar la posibilidad de que un inversionista doble nacional demande al Estado receptor de la inversión del cual es nacional (invocando la nacionalidad del otro Estado contratante), hasta su admisión sin problemas.

En función de ello, el presente trabajo tiene por finalidad analizar las distintas regulaciones y criterios que se han elaborado para permitir a los inversionistas, personas naturales, con más de una nacionalidad, reclamar sus derechos contra el Estado Receptor de la Inversión del cual también son nacionales.

1. Los Distintos Tratados de Promoción y Protección de Inversiones. Lex Specialis. Distintos tratamientos

“El derecho de promoción y protección de las inversiones internacionales está contenido en una amplia red de tratados bilaterales y multilaterales”⁵, donde cada uno contiene sus propias normas, estándares y mecanismos de resolución de conflictos. Como consecuencia de ello, no existen criterios ni regulaciones uniformes que normen el acceso de los dobles nacionales al Arbitraje de Inversiones de una manera general. Razón por la cual, este acceso estará determinado en función de lo establecido en el Tratado específico que aplique para cada caso concreto.

En términos generales, al analizar los tratados de promoción y protección de inversiones vigentes para la República Bolivariana de Venezuela, observamos que los distintos tratados le dan distintos tratamientos al tema de los dobles nacionales. Los cuales podemos clasificar de la siguiente manera:

A) Tratados que los Excluyen expresamente

Dentro de este grupo de Tratados se encuentran los suscritos con Canadá e Irán. Cuyos articulados expresamente excluyen de la definición

⁵ Sabahi Rubins, *Investment Claims* (Oxford: Oxford University Press, 2022).

de “inversionista” a las personas naturales que posean la nacionalidad de la parte contratante receptora de la inversión.

De la misma manera, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI), en su artículo 25⁶ establece que la Jurisdicción del Centro en ningún caso comprenderá a las personas que, para la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y la fecha en que fue registrada la solicitud de arbitraje, tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia.

Evidentemente, al ser los tratados la ley especial que regula los requisitos para acceder al arbitraje de inversión, en estos casos, los inversores que detentan más de una nacionalidad, incluyendo la del Estado Receptor de la Inversión, no podrán formular sus reclamaciones por la vía del arbitraje de inversión, vista la exclusión contenida en estos tratados.

De la misma manera, en aquellos tratados suscritos por Venezuela donde las partes hayan pactado la utilización exclusiva del CIADI y/o su mecanismo complementario como únicos mecanismos de resolución de controversias, los inversionistas doble nacionales tampoco podrán acceder a estos mecanismos de solución de controversias, tanto por la exclusión expresa contenida en el citado artículo 25, como por el hecho de que Venezuela denunció esta convención.

B) Tratados que condicionan al cumplimiento de ciertos requisitos

Bajo esta categoría podemos agrupar a los tratados que contemplan la posibilidad de que los inversores persona natural que detentan más de una nacionalidad, incluyendo la del Estado receptor de la inversión, puedan presentar reclamaciones en contra de éste, siempre que cumplan con ciertos requisitos tales como la demostración de una nacionalidad dominante y efectiva producto de la existencia de determinadas condiciones de residencia, lazos afectivos, familiares y el lugar donde predomine el asiento de sus derechos e intereses.

⁶ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

Razón por la cual, conceptualmente hablando, basta con cumplir los requisitos previstos en el tratado para que el inversionista doble nacional pueda reclamar sus derechos mediante un arbitraje de inversiones contra el Estado receptor del cual también es nacional.

C) Tratados que no se pronuncian al respecto

Este es el caso de la mayoría de los tratados. Los cuales no contienen ningún tipo de previsión específica sobre el acceso de los dobles nacionales al arbitraje de inversiones contra el Estado receptor del cual también son nacionales. Se trata de tratados que ni los incluyen, ni los excluyen, ni los condicionan. Por lo que surge la duda acerca de cuál es el tratamiento que deben recibir este tipo de inversionistas bajo estos tratados y aquí es donde el objeto de nuestro estudio adquiere relevancia.

Ante el silencio de los tratados, los tribunales arbitrales han utilizado diversas metodologías para decidir las controversias sometidas a su consideración. En primer lugar, fundamentándose en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁷

⁷ Que textualmente establecen: “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. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.
32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:
- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
 - b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”. Disponible en https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

han realizado interpretaciones sistemáticas junto con medios de interpretación complementarios, valiéndose del análisis de los elementos preparatorios de los tratados, los actos unilaterales de los Estados y la comparación con otros tratados celebrados por los Estados parte, para determinar la intención de los Estados a la hora de suscribir el tratado. En segundo lugar, han aplicado criterios de derecho internacional público, principalmente los relativos a la protección diplomática, para determinar si los dobles nacionales están legitimados para presentar reclamaciones contra los Estados del cual también son nacionales. En tercer lugar, han justificado sus decisiones con fundamento en otras ramas del derecho e incluso en algunos casos han elucubrado y llegado a conclusiones controversiales, que para muchos podrían resultar de poco asidero lógico.

Como resultado de ello, se han producido todo tipo de decisiones de variada índole. Lo que unido a la falta de una metodología dogmática y la ausencia de criterios unificados en el derecho internacional de inversiones hace muy difícil extraer conclusiones generales que resulten aplicables a todos los casos donde estén involucrados los dobles nacionales.

Sin embargo, a continuación, analizaremos algunos de los criterios más relevantes que han sido considerados por los tribunales arbitrales a la hora de decidir estos casos.

2. La Doctrina de la Nacionalidad Dominante y Efectiva

Esta doctrina es el resultado de un cambio de paradigmas en materia de protección diplomática. Se origina de diversas decisiones que fueron tomadas tanto por Tribunales Arbitrales, como por la Corte Internacional de Justicia en casos de reclamaciones, donde los ciudadanos que daban origen a la reclamación tenían dos o más nacionalidades, incluyendo a la nacionalidad del Estado en contra del cual se ejercía la acción.

Originalmente la regla tradicional en materia de protección diplomática “indicaba que un Estado estaba impedido de proteger a una persona, sea natural o jurídica, si aquella poseía también la nacionalidad del Estado ante el cual se presentaba el reclamo”⁸. Sin embargo, esta con-

⁸ José Eloy Anzola, “La doble nacionalidad de personas naturales en el arbitraje de inversiones de Venezuela”, *Themis-Revista de Derecho* 77, enero-junio (2020): 423.

cepción se fue flexibilizando gracias a laudos y sentencias que empezaron a permitir la protección diplomática a favor de ciudadanos nacionales del Estado objeto de la reclamación, cuando demostraran que su nacionalidad dominante era la del Estado que le otorgaba la protección.

Esta doctrina recibió su mayor nivel de aceptación luego de la sentencia dictada en el caso conocido como “Nottebohm”, que es considerado un hito en esta materia, donde la Corte Internacional de Justicia definió la nacionalidad como “un vínculo jurídico basado en un hecho social de conexión, en una efectiva solidaridad de existencia, de intereses y de sentimientos, unido a una reciprocidad de derechos y deberes”⁹. Para luego concluir que “para producir efectos internacionales, la nacionalidad debe ser efectiva”¹⁰.

La efectividad y dominancia de una nacionalidad viene dada por la existencia de vínculos y lazos estrechos entre el particular y el Estado. Tales como, la residencia habitual de una persona, el lugar donde se centran la mayoría de sus derechos, intereses y actividades económicas, lazos familiares, crianza de los hijos, participación en la vida política, arraigo, unión a asociaciones, participación en actividades sociales, culturales, deportivas, recreativas y cualquier otra situación de índole similar que demuestre la dominancia de los vínculos de esa persona respecto a ese Estado.

Esta teoría fue concebida para la protección diplomática. Sin embargo, sus postulados se permearon al arbitraje de inversiones y en muchos Laudos los Tribunales Arbitrales han analizado reclamaciones presentadas por dobles nacionales bajo los criterios de la doctrina de la nacionalidad efectiva y dominante para determinar si quien invoca el tratado está realmente legitimado para hacerlo. Llegándose incluso a desarrollar la teoría de “nacionalidad de conveniencia” para rechazar el acceso de los dobles nacionales cuya nacionalidad dominante sea la del Estado Receptor de la Inversión.

En nuestra opinión, cuando los tratados no excluyan ni condicionen expresamente el acceso de los dobles nacionales, se debe reconocer su

⁹ Nottebohm, Liechtenstein Vs. Guatemala. Corte Internacional de Justicia, sentencia de mérito. 06 de abril de 1955.

¹⁰ José Joaquín Caicedo y Juan Felipe Merizalde, “El control de la nacionalidad de los inversionistas por los Árbitros Internacionales”, *Int. Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* Nro. 15, julio-diciembre (2009): 55.

legitimidad activa si demuestran ser inversores nacionales del otro Estado contratante. Exigirles que también demuestren la dominancia y efectividad de esta nacionalidad es una práctica equivocada y arbitraria, pues equivale a imponer un requisito no exigido en el tratado, a la vez que limita el derecho al acceso a la resolución de controversias previsto en el tratado. Sin embargo, visto que esto pareciera ser la práctica más generalizada, concluimos que por razones prácticas los dobles nacionales deben demostrar la dominancia de la nacionalidad del Estado no receptor, en aras de disminuir las posibilidades que el Tribunal Arbitral declare su falta de legitimidad.

3. La Cláusula de la Nación más Favorecida

El acceso de los dobles nacionales al arbitraje de inversión también podría ser el producto de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en aquellos casos en los cuales el doble nacional reclamante demuestre que el Estado demandado ha suscrito otros Tratados Internacionales donde permite el acceso de los dobles nacionales al arbitraje de inversiones. Esto siempre que el Tratado aplicable contemple el deber del Estado Receptor de otorgar un trato igual de beneficioso que el concedido en otros Tratados de Promoción y Protección de Inversiones.

4. La Tutela de los Derechos Humanos y el Indubio Pro Homine como principio interpretativo de acceso al Arbitraje de Inversión

Tradicionalmente la discusión de temas de derechos humanos ha sido ajena a los procedimientos de arbitraje de inversión. Sin embargo, somos de la opinión que nada impide su incorporación en esta materia. A la vez que, sus principios podrían orientar la motivación de los laudos arbitrales e incluso tener plena base jurídica para ello.

Esta línea de pensamiento cuenta con un sólido precedente en la decisión del caso *Urbaser Vs. Argentina*, CIADI No. ARB / 07/26, donde el Tribunal Arbitral expresó:

“1200. El Tribunal sostiene además que la Convención debe interpretarse a la luz de las reglas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, y que el Artículo 31 § 3 (c) de ese Tratado indica que debe tenerse

en cuenta “cualquier norma pertinente del derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. El TBI no puede interpretarse y aplicarse en el vacío. Sin duda, el Tribunal debe tener en cuenta el propósito especial del TBI como un Tratado que promueve las inversiones extranjeras, pero no puede hacerlo sin tener en cuenta las normas pertinentes del derecho internacional. El TBI debe interpretarse en armonía con otras normas de derecho internacional de las que forma parte, incluidas las relativas a los derechos humanos”¹¹.

Tal como interpretó el tribunal arbitral, los Tratados y Declaraciones de Derechos Humanos también forman parte del Derecho Internacional Público y deben ser observados para garantizar los derechos de las partes que intervienen en los procedimientos de arbitraje de inversión.

Esta conclusión podría ser discutible y muy probablemente no aplique para todos los casos. No obstante, consideramos que la misma resulta válida y aplicable para garantizar los derechos de los inversionistas, personas naturales, que participen en los arbitrajes de inversión.

Dentro de los distintos tratados, pactos y declaraciones sobre derechos humanos encontramos el principio de progresividad de los derechos humanos. Así como, el Principio Pro Homine, conforme al cual toda interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano y en caso de duda debe adoptarse la interpretación más favorable al individuo.

La aplicación de estos principios garantiza el acceso de los dobles nacionales al arbitraje de inversión en aquellos casos donde los tratados de protección de inversiones ni los incluyan, ni los excluyan, ni los condicionen. Concluir lo contrario, implicaría violar su derecho al acceso al medio de resolución de controversias convenido y aceptado por el Estado Receptor de la inversión.

CONCLUSIONES

No existen criterios ni regulaciones uniformes que normen el acceso de los dobles nacionales al Arbitraje de Inversiones de una manera

¹¹ Laudo CIADI No. ARB / 07/26. Caso Urbaser Vs. Argentina. Traducción libre del inglés. Disponible en <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2021/04/Urbaser-v.-Argentina-Human-Rights.pdf>

general. Razón por la cual, este acceso estará determinado en función de lo establecido en el Tratado específico que aplique para cada caso concreto.

La Doctrina de la Nacionalidad Dominante y Efectiva se ha permeado al arbitraje de inversiones. En muchos Laudos los Tribunales Arbitrales han analizado reclamaciones presentadas por dobles nacionales bajo los criterios de la doctrina de la nacionalidad efectiva y dominante para determinar si quien invoca el tratado está realmente legitimado para hacerlo.

Cuando los tratados no excluyan ni condicionen expresamente el acceso de los dobles nacionales, se debe reconocer su legitimidad activa si demuestran ser inversores nacionales del otro Estado contratante. En estos casos los Tribunales Arbitrales no deberían requerir la demostración de la dominancia y efectividad de nacionalidad alguna, pues ello equivale a imponer un requisito no exigido en el tratado y limitar ilegítimamente el derecho al acceso al medio de resolución de controversias previsto en el tratado. Sin embargo, visto que esto pareciera ser la práctica más generalizada, concluimos que por razones prácticas los dobles nacionales deben demostrar la dominancia de la nacionalidad del Estado no receptor, en aras de disminuir las posibilidades que el Tribunal Arbitral declare su falta de legitimidad.

El acceso de los dobles nacionales al arbitraje de inversión también podría ser el producto de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en aquellos casos en los cuales el doble nacional reclamante demuestre que el Estado demandado ha suscrito otros Tratados Internacionales donde permite el acceso de los dobles nacionales al arbitraje de inversiones.

De conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Tratados de Promoción y Protección de Inversiones deben ser interpretados teniendo en cuenta “cualquier norma pertinente del derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Razón por la cual, los principios de progresividad y pro homine contenidos en los distintos Pactos, Tratados y Declaraciones de Derechos Humanos que también forman parte del Derecho Internacional Público, deben ser observados para garantizar los derechos de las partes que intervienen en los procedimientos de arbitraje de inversión.

BIBLIOGRAFÍA

- Besson, Sébastien. “Arbitration and Human Rights”, *ASA Bulletin, Association Suisse del’Arbitrage; Kluwer Law International 2006, Volume 24 Issue 3*) 395 – 416.
- Born, Gary. *International Arbitration. Law and Practice* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016), 43.
- Anzola, José. “La doble nacionalidad de personas naturales en el arbitraje de inversiones de Venezuela”, *Themis-Revista de Derecho 77, enero-junio* (2020): 423.
- Torrealba, José. *LA DEFINICION DE “INVERSIONISTA”. LA NACIONALIDAD Y EL TREATY SHOPPING. LIBRO HOMENAJE AL DOCTOR PEDRO NIKKEN, TOMO II* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Editorial Jurídica Venezolana, 2021, 91-92), 1249.
- Caicedo, José y Merizalde, Juan . “El control de la nacionalidad de los inversionistas por los Árbitros Internacionales”, *Int. Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* Nro. 15, julio-diciembre (2009): 55.
- Rubins, Sabahi. *Investment Claims* (Oxford: Oxford University Press, 2022).

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Disponible en: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf
- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>
- Laudo CIADI No. ARB / 07/26. Caso Urbaser Vs. Argentina.
- Nottebohm, Liechtenstein Vs. Guatemala. Corte Internacional de Justicia, sentencia de mérito. 06 de abril de 1955.