



**TRATADOS
JURISDICCIÓN Y
ARBITRAJE ***

S
I
S
E
T

TRATADOS JURISDICCIÓN Y ARBITRAJE *

Conferencia Dictada en el Seminario “La Mediación y el Arbitraje frente a la Contratación Pública”

Organizado por:

* Cámara de la Construcción de Quito

* Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado

* Universidad Andina “Simón Bolívar”

Julio / 2007

Me compete hablar acerca del tema de los arbitrajes internacionales en las relaciones entre Estados e inversores.

Es un tema sobre el cual quiero compartir experiencias, visiones e inquietudes.

Sostengo que los procedimientos alternativos de solución de conflictos son un momento dentro del desarrollo de las relaciones jurídicas y de las relaciones en general en las sociedades contemporáneas.

Estos mecanismos alternativos no son nuevos. Quizás lo nuevo son sus actores, sus métodos y procedimientos.

Hay algunos antecedentes para entender mejor este tema y ubicarlo dentro del contexto de estos métodos alternativos.

En primer lugar, en el ámbito del derecho internacional público, el arbitraje ha existido desde hace tiempo atrás; pero la diferencia con lo que acontece ahora es que los arbitrajes tradicionales de derecho internacional público eran arbitrajes entre Estados.

¿Por qué motivo los arbitrajes entre Estados han dado paso a este nuevo tipo de relaciones? Porque hay motivos de carácter económico, político, sociológico e ideológico. Haré una pequeña referencia a ellos; pero sobre todo nos interesan los aspectos jurídicos; no porque nuestro enfoque sea básicamente jurídico sino que necesitamos el apoyo, el aporte de estos otros condicionantes de las ciencias sociales.

No hay que olvidar que a la larga el derecho también forma parte de las ciencias sociales y que se diferencia de ellas porque tiene metodologías específicas y propias; pero de ninguna manera significa que se contraponga al conjunto de las ciencias sociales; al fin y al cabo es una ciencia de reglas para la sociedad que los propios seres humanos producimos y que buscan solucionar a los problemas sociales. Entonces, en última instancia se trata de eso, más allá de la visión que

tengamos; de la concepción que tengamos acerca de las ciencias jurídicas.

Les decía que el viraje desde la visión del derecho tiene que ver precisamente con la presencia desde la segunda mitad del siglo pasado, del siglo XX, de nuevos actores en la vida política internacional que van adquiriendo espacio, presencia, consideraciones, y poco a poco van constituyendo nuevas ramas del derecho internacional que adquieren legitimidad desde el punto de vista de la eficacia jurídica que tienen dentro del proceso de las relaciones internacionales.

La titularización desde fines del siglo XVIII por parte de los Estados de la relación de acontecimientos importantes como la independencia de los Estados Unidos, la Revolución Francesa, y desde la terminación de las guerras de Europa, van a culminar en una serie de acuerdos con la idea de que haya un Estado titular de derecho en el ámbito internacional; y esa titularización tiene una representación jurídica y aparecen tratados, convenios, declaraciones y diferendos entre los Estados que pueden resolverse a través de arbitrajes entre esos Estados siempre que acuerden en que esos diferendos deben ser sometidos a arbitraje. Quiero recordarles que en la tortuosa trayectoria de diferendos fronterizos y territoriales que ha tenido Ecuador particularmente con el Perú, vamos a encontrar intentos de soluciones arbitrales a los temas territoriales y limítrofes. Esta es una realidad que se da por una titularización en las relaciones internacionales; no había otros titulares en las relaciones internacionales que no fuesen los Estados.

Esto dio paso a una concepción proveniente del derecho civil que se tradujo también en las relaciones internacionales; me refiero a las concepciones tradicionales de Sánchez de Bustamante. No hay nada novedoso, ni nada nuevo, simplemente les recuerdo que este tipo de concepciones mencionaban precisamente esa titularización y solo a través de ella la titularización de los intereses colectivos; pero también de los intereses individuales. En otras palabras, la visión con que se estableciera esas relaciones era subsunción de cualquier otro

interés a la visión del Estado nacional, que sea también el Estado de derecho y el Estado titular de derechos. En esto consiste la característica del cumplimiento de este derecho internacional público, que va a primar, decía, hasta finales del siglo pasado.

El surgimiento de nuevos actores tiene que ver no solamente con la diversidad de Estados que emergen tras la segunda guerra mundial, por supuesto esto implicaba una diversificación de los tradicionales Estados nacionales dentro de los cuales se ubicaban los Estados latinoamericanos, sino que además empiezan a titularizarse o a surgir otros aspectos que encuentran un espacio dentro de la norma jurídica.

Pondré énfasis en el tema de los Derechos Humanos, porque ustedes conocen que existe lo que se llama el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que tiene sus especificidades y que tiene incluso, sus jurisdicciones. El Estado ecuatoriano, por ejemplo, se ha obligado constitucionalmente a la protección de los derechos establecidos en pactos, convenios y tratados en Derechos Humanos. Así lo establece el artículo 17 de la Constitución Ecuatoriana que dice garantiza derechos. El constituyente ha abierto la protección de esos derechos y los ha integrado a la estructura constitucional ecuatoriana de manera expresa; de suerte que esa protección incluye la aceptación de unas jurisdicciones externas a las cuales el Estado no solamente está sujeto sino que además está obligado. Debo decir al respecto, que he presentado al Congreso Nacional un proyecto de ley para la ejecución de las sentencias en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en nuestro país, porque ésta es una jurisdicción que está contemplada en la Constitución Ecuatoriana de manera expresa.

Eso no acaece, como veremos, en el ámbito de otros tratados, como los que versan sobre inversiones. Los únicos tratados de nivel constitucional son aquellos que expresamente establece el artículo 17 de la Constitución.

Pero también en el proceso de desarrollo y evolución económica, se van a producir fenómenos de integración. El mas alto proceso de integración, todos lo sabemos, el de la Unión Europea, que no es solo un proceso de concertación económica, sino progresivamente de una alianza financiera, monetaria y finalmente una alianza política, una coalición política que se traduce dentro del proceso de lo que se conoce hoy como la Unión Europea.

Digo que es el más alto proceso; pero no es el único, pues existen otros procesos de integración que tienen esa característica. Eso significa, entonces, que el proceso de internacionalización de los intercambios económicos, de las relaciones económicas, va acrecentándose y convirtiéndose en un elemento notable en las relaciones económicas. Es muy común, por ahora, hablar en torno al tema de las inversiones, acerca de lo que significan las empresas llamadas multinacionales y transnacionales. No lo digo de una manera peyorativa, esto es un calificativo que tiene que ver con la característica de expansión del capital de las empresas, de las firmas que precisamente dejan de identificarse con un lugar específico, con una sede específica, y pasan a convertirse en fenómenos realmente múltiples, de múltiples rostros; desde ese punto de vista aparece ese calificativo que se va a reproducir en el programa de las Naciones Unidas para el desarrollo, que lo van a acoger las propias Naciones Unidas; es decir, que se trata de una realidad desde el punto de vista de los intercambios.

El tema de los inversores o de las inversiones extranjeras, es decir de aquellas que no tienen la característica de inversión nacional, puso también sobre el tapete la discusión acerca de cuáles son las garantías, cuáles son los mecanismos de garantías de los derechos que le permite enfrentar cualquier tipo de posible arbitrariedad en el trato por parte de los países receptores de la inversión extranjera.

Este tema tiene también mucho que ver con la coyuntura política, con los vaivenes políticos que se daban. Ubiquémonos en la época de la guerra fría, en la época en que este tipo de

inversiones estaban sujetas también a vaivenes políticos e ideológicos que se daban en los Estados dentro de ese contexto de la guerra fría. Claro que todas estas fluctuaciones tenían expresiones en el ámbito del derecho, particularmente en el llamado derecho de autodeterminación de los pueblos y de los Estados; es decir, que cada Estado soberanamente estableciera, primero su legislación, su jurisdicción y luego sus decisiones acorde con los intereses que considerase convenientes en ese contexto. Es decir hay un factor que proviene de la propia lógica de los Estados nacionales desde el siglo XIX que conduce a este tipo de visiones.

Si ustedes examinan las constituciones, muchas de las leyes tradicionales, particularmente en el código civil, aquellas inspiradas en el Código Napoleónico, puede percibirse que existe una idea directriz muy clara acerca de las condiciones provenientes de una legislación con un acto soberano, de unas decisiones administrativas que responden a esa legislación, de una jurisdicción que se atiene a lo que dicen esas leyes, con fallos que se ajustan a ese tipo de decisiones. Esta tradición se vio cambiada por el mismo proceso; los mismos procesos que se daban tras la posguerra. La creación de los centros de arbitraje comercial, que antecedieron a este proceso; me refiero a los arbitrajes entre particulares que van a encontrar un punto de contacto; el punto de contacto corresponde al derecho internacional público; sin embargo, es precisamente éste, el de la existencia de sedes arbitrales internacionales, dentro de las cuales se puedan examinar los diferendos existentes entre los Estados receptores y los inversionistas extranjeros.

Esas sedes arbitrales requieren un acto de voluntad previa, esto es que los Estados acepten los tratados por medio de los cuales se crean las sedes arbitrales; es decir que la diferencia con la sede comercial es la existencia misma de la sede arbitral que requiere un acto de aceptación de los Estados. Cualquier Estado, cualquier persona de un Estado de donde provenga el inversor, puede reclamar. Existe la posibilidad de arbitraje frente a otro Estado receptor; es una sede del derecho internacional, - no es una sede de derecho privado- porque nace

de un acto público de los Estados a través de estos tratados.

Esto es un elemento que debe ser considerado importante, sin embargo, nos queda todavía dilucidar el tema acerca del carácter mismo de esos arbitrajes y aquí vienen los problemas con los cuales se afecta la visión tradicional que existía de los Estados como entes soberanos.

El problema de la sujeción de los Estados al arbitraje está en donde nace; cual es la fuente de aceptación de esos procesos arbitrales. No hablo de la sede, una cosa es la sede, la sede está establecida. Los Estados aceptan que se puede concurrir a determinadas sedes arbitrales creadas expresamente y que tendrían una jurisdicción privativa en estos casos para aquellos que se sometan a su arbitrio o se sometan al laudo respectivo. Una cosa es crear la sede y otra cosa es el acto mismo del arbitraje.

Aquí nos encontramos con el primer problema. El arbitraje es un acto voluntario. Es un acto por medio del cual las partes se ponen de acuerdo en someterse a un tercero; puede ser un tribunal o una persona, no importa. Usted o ustedes van a resolver nuestras diferencias y se van a pronunciar sobre ellas y nosotros vamos a acatar obligatoriamente el laudo que ustedes dictaminen. Esta es la idea del arbitraje a diferencia de la mediación en donde el proceso de acercamiento voluntario incluye la posibilidad o de llegar a un acuerdo o de no arribar a ninguno, mientras tanto que el arbitraje es un elemento de jurisdicción obligatoria desde el punto de vista del efecto y no así desde el punto de vista de su configuración.

Jurisdicción obligatoria son solo las de los Estados, porque esas son jurisdicciones naturales, aquellas que nacen de la potestad estatal de impartir los procesos jurisdiccionales sujetos obligatoriamente por la Constitución y la ley; es decir, los habitantes de un país se someten, se sujetan a las autoridades administrativas y también a las jurisdiccionales del Estado donde habitan, independientemente de que sean o no ciudadanos extranjeros o cualquiera que sea su estatus, eso

sucede en cualquier parte del mundo, eso, más exactamente, el espacio de la jurisdicción del Estado nacional de la potestad que el Estado jurisdiccional posee.

Quisiera que retuviesen este término de potestad, porque precisamente la introducción de estos temas nos va dar otra idea acerca de la anterior visión de que el Estado es un poder. El Estado no es un poder ni es una suma de poderes, en realidad es una institución que posee facultades asignadas por el constituyente, por su potestad que está específicamente establecida y por medio de la cual se establecen, además, atribuciones y jurisdicciones específicas que no pueden ser violentadas y cuyo límite está en los derechos fundamentales de las personas que habitan en ese territorio y de los tratados y convenios que garantizan esos derechos. Esta es la idea jurídica, esencial de la Constitución estatal actual porque, a través de ella, es que se puede argumentar la posibilidad de imputar al Estado cuando se excede sus potestades. Si el Estado realiza un acto ilegítimo, un acto no sujeto al ordenamiento o a las potestades específicas o que excede esas potestades, ese acto se convierte en acto ilegítimo, puede ser en el ámbito interno de la protección de los derechos fundamentales o también en el ámbito de los derechos de los extranjeros habitantes en el país y en este caso específico de los inversionistas, entonces, lo que está en debate en este caso será la legitimidad o no de la actuación de las autoridades que ostentan esas potestades específicas.

El otro elemento es si el Estado acepta, cuando, y en qué condiciones acepta sujetarse a arbitrajes.

Este es, uno de los temas más candentes del debate en el ámbito internacional. Planteo esta primera interrogante: ¿basta que el Estado firme un tratado dentro del cual se sustente una cláusula arbitral para que el Estado deba someterse obligatoriamente a esa jurisdicción arbitral?

En otras palabras, ¿es posible la firma de un tratado, de un convenio internacional que contemple una cláusula arbitral

para la protección de las inversiones extranjeras que obligue por sí mismo al Estado a someterse a otra jurisdicción que no sea la que nace precisamente de la potestades estatales, o es a la jurisdicción ordinaria, la de los juzgados nacionales, a la que le compete la jurisdicción?

Ésta es la gran interrogante, ésta es la gran pregunta que debe absolverse con toda claridad para establecer esas condiciones.

El Estado de manera expresa en cada acto que realiza, en los actos administrativos, legislativos, judiciales y también suscribe contratos- se sujeta a un procedimiento, a un conjunto de salvaguardas que debe cumplirse para que se establezca el perfeccionamiento del acto, cualquiera que sea.

Todos los actos del Estado, expresamente manifiestan una voluntad que en este caso se trata de una voluntad colectiva, voluntad ficticia porque, por supuesto, el Estado no tiene voluntad propia, su voluntad es una voluntad que nace de la Constitución y de la ley, es decir, de los procedimientos expresos que la Constitución y la ley le señale; y no como sucede con las personas naturales cuya voluntad se expresa no solamente con la ley sino también con actos de voluntad que, mientras no contraríen la ley, están absolutamente permitidos.

Si el Estado, por ejemplo, en algunos contratos, en algún contrato, establece de manera expresa su sujeción al arbitraje; no hay punto que discutir; sencillamente el Estado está diciendo para este acto me voy a atener a los arbitrajes; de manera expresa el Estado admite que en este ámbito y en éste contrato se sujeta a los arbitrajes que acuerdan las partes; que incluso se pueda definir, la sede arbitral respectiva; entonces no cabe discusión porque el Estado hace una expresa renuncia a su jurisdicción.

Quizá el tema sea más de carácter general; por eso me voy a permitir algunas disgresiones. Cuando hablamos acerca del efecto de los tratados, me refiero a los tratados de protección de

protección recíproca de inversiones con distintos Estados, en distintos niveles no solo con Estados Unidos, que es el más conocido por las repercusiones que suele tener, debemos saber que el problema radica en cuál es la obligación exacta que nace en este ámbito, exclusivamente en el ámbito jurisdiccional de estos tratados. No voy a plantear un debate acerca del contenido de los tratados. No viene al caso. El contenido de los tratados ha sido debatido en los organismos pertinentes; es preparado en el Ministerio de Relaciones Exteriores, aprobado o improbadado por el Congreso, previo dictamen del Tribunal Constitucional; es decir, debe cumplir una serie de pasos, incluso los pasos políticos que juzgan la conveniencia del tratado y que tienen que debatirse en los poderes ejecutivo y legislativo, que son los dos órganos políticos de elección del Estado, de éste y de cualquier Estado.

La conveniencia de los tratados no viene al caso, no porque no tenga opinión sobre eso; pero esa opinión es irrelevante porque es la mía como la de cualquier otro ciudadano que solamente sirve como una opinión personal de un ciudadano.

Lo que nos interesa es la parte jurídica y en este punto me interesa dar mi criterio especialmente en el ámbito jurisdiccional.

El establecimiento de una jurisdicción arbitral no es que sea contrario a la Constitución; las jurisdicciones arbitrales pueden ser perfectamente establecidas en los tratados y convenios, por lo menos así lo consideran organismos de muchos Estados. Yo he consultado mucho este tema, sobre todo en el ámbito de la Unión Europea, y voy a explicar por qué en el ámbito de la Unión Europea, para explicar luego cual es el criterio que ellos sostienen.

En primer lugar, ya lo dije, el primer nivel de integración que existe es la Unión Europea porque incluye una integración política; es decir, aquí no hay solamente un nivel de tratado de integración en cuanto a inversiones recíprocas, ni tan solo de

carácter económico, sino incluso procesos de integración en torno a jurisdicciones de derechos, y no hablo solamente de arbitrales, sino jurisdicciones de derechos fundamentales y, por otro lado, las respectivas jurisdicciones nacionales.

En Europa existe un tribunal europeo para los Derechos Humanos con sede en Estambul. Este tribunal, a diferencia, y por eso lo menciono, porque sus mecanismos son más desarrollados que los de, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica donde les recuerdo, nosotros nos sometemos, porque las demandas de Derechos Humanos pueden ser directamente franqueadas contra los Estados sin necesidad de cursar previamente por las respectivas jurisdicciones nacionales. Esto nos da un altísimo nivel de integración, pero hay algunos problemas que hay que conciliar: la existencia de jurisdicciones nacionales y de controles de derechos; las cortes o tribunales constitucionales que existen en los países europeos, es decir, de qué manera se puede aceptar dos jurisdicciones dentro de las cuales se sometan; dentro de las cuales hay o pudiesen existir visiones distintas. Hay tratados sobre Derechos Humanos, pero hay constituciones también en esos países; una gama de protecciones. Cada Constitución tiene nivel de aceptación de determinados derechos, lo cual podría librar u originar algún conflicto en cuanto a esos derechos.

¿Qué soluciones son las que se han encontrado para estos casos? Aceptar la otra jurisdicción porque si hay un acto político del Estado es un acto que debe ser concebido dentro de un proceso de integración. Pero, aquí viene el pero.

Cualquier acto de aceptación debe ser sujeto necesariamente a los procedimientos constitucionales de revisión que prevén cada una de las constituciones. En otras palabras, se requeriría una reforma de la Constitución que integre esos procesos en esas condiciones. Que diga: además de estos tribunales nosotros tenemos también estos otros que aceptamos. Pero ojo, a través de una expresa reforma constitucional que acepte las jurisdicciones que deben ser

acatadas para la ejecución de un acto. Son jurisdicciones obligatorias o a través de una ley orgánica que establezca un proceso de integración; pero una ley orgánica es una ley subconstitucional, es una ley organizativa precisamente de potestades y derechos que complementan y amplían el paraguas que establece una Constitución; en otras palabras, esas jurisdicciones son factibles de integrar pero a través de un acto de voluntad soberana. El acto de voluntad soberana es, o la reforma constitucional que el constituyente ha previsto que pueda hacer el legislador a través de un procedimiento reforzado, es decir, tiene procedimientos especiales y no es igual que la reforma a una simple ley, o a través de una ley subconstitucional, una ley orgánica que mediante un procedimiento reforzado especial integre e introduzca este otro elemento, lo armonice, se suele decir, que transfiera el derecho externo al derecho interno y los armonice con las respectivas instituciones, es decir, es perfectamente posible.

Lo que no es posible es considerar que el tratado por sí mismo obliga y transforma el ordenamiento constitucional porque el constituyente no lo ha previsto; y, lo que el constituyente no ha previsto, no puede cambiarlo el legislador por algo constituido, ni mucho menos el gobierno.

El legislador aún cuando es la expresión de esa voluntad soberana, tiene un límite dado por el ordenamiento constitucional que el constituyente dispuso, eso está expuesto expresamente. No se puede salir de ese ordenamiento, ni en Estados Unidos, ni en Francia, ni en China, ni en Colombia ni, por supuesto, en Ecuador, porque el ordenamiento constituido, es un ordenamiento que tiene apertura, sí, pero la apertura que ha previsto el constituyente, ninguna otra.

¿El constituyente dejó puertas abiertas? Sí, la reforma constitucional es la puerta abierta que dejó el legislador que dice: usted puede reformar esta Constitución pero tiene que seguir éste procedimiento, que incluirá -esto no está escrito en la Constitución actual, ya explicaremos por qué- que necesariamente debe ser cumplido cuando se trata de hacer

cambios de fondo y debe ser refrendado por el pueblo. Es decir, debe ser votado, debe ser aceptado ¿Por qué? Porque el legislador está cambiando algo que el constituyente dispuso y por tanto requiere un poder superior al del constituyente, que no es mas que la aceptación del constituyente primario que es el ciudadano o el conjunto de ciudadanos de un país.

Entonces ésta es la puerta abierta que deja el constituyente. Se puede reformar. No es un orden cerrado, más aun, está abierto incluso a las integraciones desde fuera, a las creaciones ante el entorno por ejemplo de la protección de los Derechos Humanos. Eso está abierto.

Las decisiones jurisprudenciales de los tribunales exteriores pueden integrarse como derechos no positivados, pero si jurisprudencializados y así por el estilo.

Pero volvamos a lo que nos interesa, porque ustedes podrán decir estamos hablando del tema de derechos fundamentales, pero éste es el núcleo esencial de un ordenamiento constitucional.

No todo tratado se encuentra por encima de las leyes ordinarias de la Constitución que no tiene puertas abiertas, salvo de manera expresa para los tratados y convenios de Derechos Humanos. Eso también no solo en Ecuador sino en la mayoría de los países del mundo ni de las leyes orgánicas que adecuan el ordenamiento constitucional y también los derechos fundamentales como expresamente se dice en nuestra Constitución.

Un tratado automáticamente no obliga al Estado, sino en la medida en que a través de otro acto de voluntad soberana, una vez aprobado, puede adecuarlo a su orden, al orden constituido que prevé la Constitución.

Esta es una tesis esencial, porque precisamente éstos son los temas que traen debates, por ejemplo, frente a los tratados de protección recíprocas de inversiones.

tratados de protección recíprocas de inversiones.

Los tratados expresan una voluntad estatal, vamos a decirlo de esta manera, un compromiso del Estado es verdad, para adecuarlos a su ordenamiento constitucional, pero no significa de ninguna manera que por si solo puede alterar nuestro ordenamiento constitucional. Se necesita ese otro acto de voluntad como ha expresado por ejemplo: el Consejo del Estado en Francia, el Tribunal Constitucional en España. Hablando de estos procesos en que, insisto, en donde hay mayores niveles de integración y de compromiso porque un compromiso, de integración es un compromiso político mucho más fuerte que un simple compromiso de protección recíproca en inversiones.

No estoy juzgando ningún otro elemento. Hay muchas cosas que se debaten en estos temas: si es equitativo a un inversor extranjero, si debe entregarle más garantías que a un inversor nacional. No voy a juzgar eso. Ese aspecto no quiero tocarlo ahora sencillamente porque me parece que es parte de un juicio dentro del cual evidentemente he tomado consideraciones de carácter sociológico, socioeconómico y político, no es que no pueda hacer, es que no creo que me competa hacer ese juicio, no soy el llamado a decir si eso es lo adecuado o no. En todo caso es un tema en debate, simplemente lo señalo.

Pero en el aspecto jurisdiccional sí puedo señalarlo con todo énfasis y claridad porque en resumen el tema es que para que ese tratado obligue jurisdiccionalmente al Ecuador de manera general, solo es posible a través de esa declaración expresa de voluntad.

Cuando lo hace de manera particular, el funcionario respectivo, el administrador que celebró el contrato y consideró pertinente someterse al arbitraje, no hay problema. Es su compromiso y se convierte en un compromiso que hay que acatar. Si el tratado por si mismo es fuente de obligación para el Estado es un tema que requiere un largo debate.

Las sedes arbitrales tienden a considerar que son una fuente de obligación, en general, pero ese es un tema de debate jurisdiccional. Ese es un tema que tiene que ser precisado y que tiene que ser sometido a razonamiento o juicio.

Estos aspectos son los esenciales que quería transmitir. Es verdad que muchas veces surgen dudas sobre temas particulares; seguramente sobre esos temas ustedes tendrán muchos interrogantes; pero me correspondía dar este margen general, esta visión general.

Yo creo que el Estado puede legitimar este punto de vista a través de la interpretación que puede hacer el Congreso acerca del alcance de estos tratados. Una ley interpretativa del Congreso que diga: esta cláusula de estos tratados implica que el Estado se somete a jurisdicción; pero no significa que, de manera genérica, el Estado renuncie a su jurisdicción a favor de la jurisdicción que le requiera o que le reclame o le demande el arbitraje.

Tengan presente que -esto va en concordancia con la idea esencial- “el arbitraje es un acto voluntario de sometimiento a un tercero” y el Estado solo puede expresar su voluntad a través de actos legislativos expresos, pero no aquellos que contraríen al ordenamiento constitucional. No puede contrariarse ese ordenamiento ni tampoco puede considerárselo alterado si no a través de la única vía que dejó abierta el constituyente.

Estas son las vías por medio de las cuales se pueden cambiar esos reglamentos. Se los puede cambiar, insisto, no es que no se lo puede hacer; pero debe hacérselo de la manera expresa, de la forma en que el constituyente previó que se realizase.

Los actos de voluntad del Estado no son actos arbitrarios, sino que son actos siempre sujetos a la legalidad constitucional, de lo contrario ese acto es ilegítimo. El acto que no se sujete a la legitimidad constitucional del Estado, es un acto ilegítimo, es un acto de efecto nulo. Esa es una idea esencial dentro de este

proceso. Para que el Estado acepte que de manera general un tratado obligue, se requiere integrar esa jurisdicción de manera expresa, a través de un acto de voluntad que tiene que ser hecho por los mecanismos previstos en la Constitución.

Esto es lo que quería transmitirles acerca de estos temas. En verdad que sobre esto hay una serie de debates porque la mayoría de las jurisdicciones prevén que la calificación de la jurisdicción corresponde a la propia sede jurisdiccional. En otras palabras, yo soy el juez, en este caso el árbitro, yo soy el juez de este caso que se me va someter; yo mismo califico si tengo o no jurisdicción sobre ese acto, igual que sucede en cualquier acto. Los jueces, la mayoría de veces, y nosotros no nos percatamos -quienes ejercemos la profesión- no nos damos cuenta de que lo primero que hacen es declarar su jurisdicción y competencia, después califican el resto.

Primero se autocalifican a sí mismos como competentes para llevar adelante el enjuiciamiento respectivo que se le da. Algo similar acontece en estos casos, la mayoría de los tratados sobre la sede arbitral establecen que las sedes arbitrales son ellas mismas las que califican la jurisdicción; entonces las objeciones de jurisdicción también; pero tengamos presente que las sedes arbitrales son eso, son sedes de una jurisdicción y que para su sometimiento debe haber esta interpretación, porque el Estado es el que dice: yo acepto esa sede. Esa sede es parte de una jurisdicción posible en la medida en la que yo integre esa jurisdicción a mi ordenamiento constitucional.

Estas reflexiones son las que nos van a permitir entender mejor estos temas de la relación entre Estados e inversores.

No descarto la existencia de los arbitrajes. Pueden y deben ser un mecanismo adecuado de solución de diferencias; simplemente señalo cuáles son las restricciones para un acto que nace del derecho internacional público, que no está sujeto a las mismas ideas de lo que sucede en el arbitraje comercial.

En el arbitraje comercial, son dos voluntades privadas finalmente las que se van a enfrentar, mientras que la del Estado es una voluntad colectiva, sin olvidar de otra parte que el Estado ya no está constituido solo por las instituciones; sino además de conglomerados de ciudadanos y ciudadanas que tiene intereses, aspiraciones, proyectos de vida, proyectos políticos económicos y sociales compartidos con los cuales realizan su propia presencia, es decir que el Estado tampoco es un ente todo poderoso; el Estado forma una organización social que a la larga representa o expresa a un conglomerado, por tanto tampoco se le puede aplicar las normas de la voluntad que deben objetarse a los preceptos de lo que establece la legitimidad institucional.

Quería traer estas ideas y dejar paso a las interrogantes que pudiesen surgir.



“El arbitraje es un acto voluntario de sometimiento a un tercero” y el Estado solo puede expresar su voluntad a través de actos legislativos expresos, pero no aquellos que contraríen al ordenamiento constitucional. No puede contrariarse ese ordenamiento ni tampoco puede considerárselo alterado si no a través de la única vía que dejó abierta el constituyente.

Dr. Xavier Garaicoa Ortiz
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Comunicación Social