

DISIDENCIA DEL PROFESOR RAÚL EMILIO VINUESA

Cuestión Preliminar

1. Con fecha de 2 de agosto de 2012 el Presidente del Tribunal circuló un proyecto de Decisión sobre Jurisdicción que sin previa deliberación del Tribunal fue aprobado ese mismo día por mayoría. A través de la Secretaría del Tribunal comuniqué a las Partes que no sólo disentía con esa decisión y con sus razonamientos, sino que me reservaba el derecho de aceptar o disentir sobre cualquier otro argumento no expresado en la decisión adoptada. Con posterioridad a la decisión adoptada, el Presidente del Tribunal circuló un nuevo proyecto cuyos fundamentos difieren sustancialmente del anterior. Frente a esta situación, la presente Disidencia expresa mi posicionamiento frente a los argumentos y estrategias centrales esgrimidas por ambas Partes durante el proceso a efectos de marcar mis diferencias sólo respecto a los argumentos de la mayoría que finalmente se consignaron en el presente Laudo.

I. Introducción

2. Con fecha 28 de junio de 2011, la República del Ecuador (en adelante **Ecuador** o la **Demandante**) presentó una Solicitud de Arbitraje contra los Estados Unidos de América (en adelante **Estados Unidos** o la **Demandada**) sobre la interpretación del artículo II(7) del Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones de 1993 (en adelante el **Tratado** o el **TBI**).

3. El artículo II(7) del Tratado establece:

Cada Parte establecerá medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos relativos a las inversiones, los acuerdos de inversión y las autorizaciones de inversión.

4. La Solicitud de Arbitraje de Ecuador se fundamentó en el artículo VII del Tratado¹.

5. El artículo VII(1) del Tratado establece:

Toda diferencia entre las Partes concerniente a la interpretación o aplicación del presente Tratado que no se resuelva mediante consultas u otras vías diplomáticas, se presentará, a solicitud de cualquiera de las Partes, a un tribunal de arbitraje para que llegue a una decisión vinculante conforme a las normas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), excepto cuando dichas normas hayan sido modificadas por las Partes o por los árbitros.

6. Según Ecuador la controversia tiene por antecedente la errónea interpretación y aplicación que el Laudo parcial recaído en el caso *Chevron*² le asigna al artículo II(7) del Tratado³.

¹ Solicitud de la República del Ecuador del 28 de junio de 2011, pág. 2.

² *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company c. República del Ecuador*, CPA caso N° 2007-2, Laudo Parcial del 30 de marzo de 2010.

³ Solicitud de la República del Ecuador, *supra* nota 1, págs. 4 y ss.

7. Ecuador sostuvo que la controversia surgió a partir del rechazo de Estados Unidos de mantener discusiones sobre los requerimientos que oportunamente le formulara Ecuador y sobre los que una respuesta era apropiada. Sostuvo Ecuador que sus esfuerzos por arribar a una solución a través de consultas u otros canales diplomáticos probaron no ser exitosos y, por lo tanto, la cuestión planteada continúa sin solución: “La presente Solicitud de Arbitraje pretende solucionar la controversia para beneficio de ambas Partes por medio de que una autoridad determine cual es la interpretación y aplicación correctas del párrafo 7 del Artículo II del Tratado que concuerde con lo que la República del Ecuador considera que fueron la intenciones de las Partes en la época en que se celebró el Tratado”⁴.
8. El 29 de Marzo de 2012, Estados Unidos presentó su Memorial de Defensa (*Statement of Defence*) de acuerdo al artículo 19 de las Reglas de la CNUDMI y a la Orden Procesal N° 1.
9. La Demandada sostuvo que no existía controversia alguna sino un intento unilateral de Ecuador por obtener una nueva interpretación del artículo II(7) del Tratado, alegando que ninguna disposición del TBI ni del derecho internacional respaldaba la solicitud de Ecuador de convertir en obligatoria la prerrogativa de un Estado de interpretar el Tratado⁵.
10. El 25 de abril de 2012, Estados Unidos presentó su Memorial de la Demandada sobre Objeciones a la Jurisdicción del Tribunal.
11. El 23 de mayo de 2012 Ecuador presentó el Memorial de Contestación de la Demandante sobre Jurisdicción.
12. Las objeciones a la jurisdicción del Tribunal como fueran alegadas por la Demandada pueden resumirse de la siguiente forma: el artículo VII del TBI no habilita a los Estados Partes a recurrir al arbitraje para interpretar en abstracto una cláusula del tratado: es decir que, ante la ausencia de un caso concreto no hay jurisdicción; tampoco hay jurisdicción frente a la inexistencia de una controversia y frente a la imposibilidad de poder inferir del silencio de Estados Unidos una oposición positiva que genere tal controversia. A continuación nos referiremos a cada una de estas objeciones.

II. La cláusula compromisoria: el artículo VII del TBI

13. Ecuador invocó como fundamento de su Solicitud de Arbitraje el artículo VII del TBI. Estados Unidos objetó la jurisdicción del Tribunal alegando que las Partes no consintieron por el artículo VII arbitrar cuestiones no relacionadas con conflictos reales relativos al cumplimiento de sus obligaciones en virtud del Tratado. Sostuvo que, aun si los hechos demuestran la existencia de una controversia, Ecuador no recurrió al mecanismo apropiado para realizar consultas antes de iniciar el arbitraje⁶.
14. La Demandada expresó que de existir un conflicto, éste era entre Ecuador y Chevron, no con Estados Unidos. El requerimiento de la nota de Ecuador enviada a Estados Unidos más que una

⁴ *Ibid.*, pág. 7.

⁵ Memorial de Defensa de la Demandada del 29 de marzo de 2012, págs. 1-2.

⁶ Memorial sobre Objeciones, pág. 3; Transcripción (Audiencia sobre Jurisdicción), Día 1, págs. 141:8-143:1; Transcripción (Audiencia sobre Jurisdicción), Día 2, pág. 385:13-20.

solicitud era un ultimátum por el que se amenazaba a llevar a Estados Unidos a un arbitraje si se negaba a confirmar la interpretación propuesta por Ecuador⁷.

15. Para la Demandada, sin violación del Tratado no puede existir una controversia concreta sobre la interpretación del Tratado que pueda ser sometida a la jurisdicción de este Tribunal de conformidad al artículo VII.
16. La Demandada sostuvo que los puntos en cuestión en la Solicitud de Arbitraje plantean preguntas meramente abstractas y no demuestran que exista una controversia concreta entre las partes. Asumió que el requerimiento de Ecuador era de índole política y por lo tanto no susceptible de ser solucionado a través de un arbitraje.
17. Para Estados Unidos el requisito de la alegación de una violación está firmemente consolidado en el artículo VII. Citó al juez Fitzmaurice en su opinión separada en el caso concerniente al *Camerún Septentrional*, de la CIJ, en el que expresara: “mínimamente una parte debe o debería haber hecho una reclamación o una protesta acerca de un acto, omisión o curso de conducta en el presente o en el pasado de la otra parte”⁸.
18. Por nuestra parte entendemos que evidentemente Fitzmaurice se refería a una controversia sobre aplicación de un tratado sobre el que se alegaba su violación, no sólo su interpretación. Cabe recordar que esta posición separada asumida por Fitzmaurice no fue seguida por la mayoría que, a contrario, reconoció la facultad de la Corte para emitir un fallo declarativo⁹.
19. Por su parte, para Ecuador el artículo VII autoriza al Tribunal a emitir una decisión obligatoria sobre una controversia concerniente a la interpretación y aplicación sobre cualquier controversia entre las partes del Tratado concerniente el significado o aplicación de esa cláusula¹⁰.
20. Ecuador sostuvo que el artículo VII confiere jurisdicción sobre “*cualquier controversia*” concerniente a la interpretación o aplicación del Tratado. Fundamentó su posición en el significado ordinario de los términos del artículo VII y en los precedentes de la jurisprudencia internacional que confirman que un tribunal bajo el artículo VII tiene jurisdicción sobre controversias abstractas, en tanto esas controversias conciernen asuntos sobre interpretación o aplicación del Tratado¹¹.
21. Ecuador alegó que el derecho internacional no exige como un requisito *a priori* que la controversia concierna una violación del Tratado, o que imponga un requisito relativo a una controversia concreta, más allá de lo previsto por el artículo VII¹².
22. En cuanto a los términos del artículo VII, Ecuador sostuvo que su sentido ordinario otorga jurisdicción a este Tribunal sobre cualquier controversia concerniente a la interpretación o aplicación del artículo II(7). Avaló su posición en lo sostenido por la Corte Permanente de Justicia Internacional que, al interpretar una cláusula compromisoria similar, afirmó que un tribunal al que se accede por esta cláusula puede ejercer jurisdicción sobre una controversia de cualquier naturaleza, en razón de que el alcance jurisdiccional será tan inclusivo como fuera posible¹³.

⁷ Memorial sobre Objeciones, pág. 3; Transcripción (Audiencia sobre Jurisdicción), Día 1, pág. 14:11-20.

⁸ Transcripción (Audiencia sobre Jurisdicción), Día 1, pág. 162:1-4.

⁹ *Camerún Septentrional (Camerún c. Reino Unido)*, Sentencia del 2 de diciembre de 1963, *CIJ. Informes 1963*, pág. 37.

¹⁰ Memorial de Contestación, pág. 9.

¹¹ *Ibíd.*

¹² *Ibíd.*

¹³ *Ibíd.*, págs. 10-11, citando *Concesiones Palestinas Mavrommatis*, CPJI Serie A, N° 2 (1924), pág. 11.

23. Por nuestra parte, coincidimos con Ecuador en que el hecho de que la fórmula “interpretación o aplicación” del artículo VII del TBI se expresara en forma disyuntiva evidencia el acuerdo de las Partes en cuanto a que una controversia concerniente a la interpretación del tratado pueda ser sometida a arbitraje sin que simultáneamente se requiera que exista una controversia sobre la aplicación del Tratado, y *viceversa*¹⁴.
24. Para el derecho internacional no existen dudas de que los términos “interpretación” y “aplicación” expresan conceptos distintos. Desde el punto de vista de la doctrina es altamente convincente la clarificación formulada por el *Harvard Law School’s Draft Convention on the Law of Treaties*, que definió “interpretación” como el proceso para determinar el significado de un texto, para distinguirlo de “aplicación” como “el proceso para determinar las consecuencias que, de acuerdo al texto, deberán seguirse frente a una situación particular”¹⁵.
25. Ecuador, citando la posición asumida por Estados Unidos en el caso del *Personal Diplomático y Consular de los EE.UU. en Teherán*¹⁶, sostuvo que una controversia sobre interpretación de un tratado puede surgir independientemente de una controversia sobre aplicación en tanto las partes tengan diferentes puntos de vista sobre el significado y los alcances de una cláusula del tratado.

A. Controversias entre inversores y un Estado Parte (artículo VI) y controversias entre Estados (artículo VII)

26. Estados Unidos sostuvo que el artículo VII debe interpretarse en el contexto del artículo VI por el cual los inversionistas de una Parte pueden iniciar un arbitraje en contra de la otra parte con respecto a diferencias en materia de inversiones y obtener un laudo definitivo y vinculante¹⁷. Sostiene Estados Unidos que esta disposición es clave para el funcionamiento del TBI y constituye un mecanismo separado y fundamental mediante el cual las Partes han autorizado a los tribunales de arbitraje a resolver diferencias concretas que los inversionistas presenten, de manera directa, contra el Estado receptor¹⁸. Sobre esta base, Estados Unidos concluye que un tribunal en un caso entre Estados constituido con arreglo al artículo VII carece de competencia de apelación de dichos laudos. Tal como indica el Profesor M. Reisman, Estados Unidos alega que los artículos VI y VII crean dos vías de arbitraje separadas que “*asignan una gama distinta de diferencias a cada una de las vías*”¹⁹.
27. Para Estados Unidos el alcance limitado del artículo VII se confirma a través del objeto y fin del tratado que es, ante todo, la promoción y protección recíproca de inversiones: el artículo VI provee el mecanismo principal para el arreglo de diferencias referentes al incumplimiento de una de las partes de las obligaciones contraídas en virtud del tratado. Mientras que el artículo VII es un

¹⁴ Memorial de Contestación, pág. 11.

¹⁵ *Ibid.*, citando *Harvard Law School’s Draft Convention on the Law of Treaties*, a más de precedentes por los que se confirmó la vigencia de sentido de esos conceptos: ver *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, Opinión consultiva del 30 de marzo de 1950, *CIJ. Informes 1950*; *Case concerning a boundary dispute between Argentina and Chile concerning the frontier line between boundary post 62 and Mount Fitzroy*, decisión del 21 de octubre de 1994, *RIAA*, Vol. XXII. En igual sentido es relevante la cita que formula Ecuador de lo sostenido por la Jueza Higgins en su opinión en el caso de las *Plataformas Petrolíferas* respecto a los elementos distintivos entre “interpretación” y “aplicación” (Memorial de Contestación, págs. 11-12 con cita del caso *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Fallo del 12 de diciembre de 1996, *CIJ. Informes 1996*).

¹⁶ Memorial de Contestación, pág. 13, nota 18.

¹⁷ Memorial sobre Objeciones a la Jurisdicción, pág. 21.

¹⁸ *Ibid.*, págs. 21-22.

¹⁹ *Ibid.*, pág. 22.

mecanismo residual para asegurar que las partes cumplan con el tratado en determinadas circunstancias.

28. Para Ecuador los sistemas de solución de controversias previstos por el artículo VI y por el artículo VII son distintos e independientes. El artículo VI se refiere a controversias entre inversionistas y un Estado Parte sobre presuntas violaciones al tratado; el artículo VI no se refiere a toda controversia sino a ciertas y determinadas controversias presentadas por un inversionista contra el Estado receptor. El artículo VI no autoriza la interpretación en abstracto del tratado ante la ausencia de un reclamo por la violación del tratado. Por su parte, siendo el mecanismo del artículo VII independiente del mecanismo del artículo VI, se refiere a toda controversia entre Estados concerniente a la interpretación o aplicación del tratado. Las partes en las controversias del artículo VI y del artículo VII son distintas y los alcances y contenidos de las controversias sometidas a uno y otro mecanismo son también distintos.
29. Ecuador sostuvo que el mecanismo del artículo VII no es un mecanismo de apelación de los laudos emitidos bajo el mecanismo de arbitraje del artículo VI. Admitió también que tampoco era el artículo VII un sistema de remisión o para evacuar opiniones consultivas.
30. Estados Unidos no invocó precedente alguno para fundamentar el carácter residual del mecanismo de solución de controversias previsto por el artículo VII, ni para fundamentar su alcance limitado “[...] por ejemplo, para arreglar una diferencia referida a la falta de pago por una de las partes ante un laudo arbitral entre un inversionista y el estado en contravención del artículo VI (6) del Tratado”²⁰.
31. A nuestro entender, ni el texto ni el contexto del Tratado posibilitan una interpretación restrictiva y parcializada del artículo VII, mucho menos su dependencia o subordinación al mecanismo previsto por el artículo VI del Tratado. Los mecanismos de los artículos VI y VII son autónomos uno del otro. Por lo tanto, los laudos emitidos dentro de cada sistema conservan su plena independencia. En consecuencia, los laudos emitidos de conformidad al artículo VI sólo son vinculantes para las Partes en la controversia, es decir el inversor de una Parte y el otro Estado Parte. Los laudos emitidos de acuerdo al artículo VII son sólo vinculantes para los Estados Partes.

B. Las consultas (artículo V) y el recurso al arbitraje entre Estados (artículo VII)

32. Para Estados Unidos, el contexto del Tratado confirma la ausencia de diferencia pues para que haya diferencia tiene que existir una reclamación frente a la violación de una norma del tratado. Para Estados Unidos el contexto dentro del cual debe interpretarse el artículo VII se encuentra en el texto del artículo V del Tratado²¹.
33. El artículo V prescribe:

Las Partes convienen en consultarse con prontitud, a solicitud de cualquiera de ellas, para resolver las diferencias que surjan en relación con el presente Tratado o para considerar cuestiones referentes a su interpretación o aplicación.
34. Estados Unidos consideró que la presentación de Ecuador se refería a una “cuestión o asunto”, es decir a una situación contemplada por el artículo V y no a una diferencia que implica la existencia

²⁰ *Ibíd.* pág. 22.

²¹ *Ibíd.*, pág. 20-21.

de un reclamo frente a la violación de una norma del Tratado, situación contemplada por el artículo VII. Por lo tanto, sostiene Estados Unidos que en la medida en que el reclamo de Ecuador sea que Estados Unidos se rehusó a negociar con él a fin de acordar el significado del artículo II(7), es el artículo V y no el VII el que estipula el mecanismo para elevar dicho reclamo. Pero Ecuador nunca invocó el artículo V²².

35. A nuestro entender, de la lectura de los artículos invocados no surge que el artículo V sea un prerequisite o condicionamiento del recurso al artículo VII. Por lo tanto, Ecuador no estaba obligado a seguir dicho curso de acción.
36. Estados Unidos sostuvo que si las partes desean aclarar el significado del Tratado, deben llegar a un acuerdo entre ellas, como mediante el proceso de consultas contenido en el artículo V²³. Sobre el particular consideramos que el problema surge cuando una de las partes deliberadamente no quiere aclarar el significado de un tratado. Esta situación posibilita al otro Estado a recurrir al mecanismo acordado en el artículo VII del Tratado, es decir recurrir al arbitraje.
37. Si bien el artículo V no es un prerequisite para activar el recurso al artículo VII, la frustración de poder realizar consultas y poder negociar desembocan, como única alternativa para la solución de toda controversia, en la posibilidad de recurrir al arbitraje como un método que garantiza neutralidad e idoneidad en la solución a alcanzarse.
38. El mito de judicializar la diplomacia al recurrir para la solución de una controversia al arbitraje es peyorativo del sistema jurisdiccional de solución de controversias que justamente se activa en el presente caso frente a la intolerancia de una de las partes al reconocimiento de una controversia y frente a la frustración de una posible negociación como método primario para alcanzar un acuerdo aceptable para ambas partes. Por lo tanto, la interpretación a que pueda llegar un tribunal arbitral constituido de conformidad al artículo VII no tiene capacidad para poner en peligro o menoscabar el mecanismo de arbitraje entre inversores y Estados previsto por el artículo VI. Por otra parte, es difícil comprender como un recurso al arbitraje puede politizar las controversias en materia de inversiones entre inversores y Estados, cuando el objetivo del recurso arbitral es interpretar una norma del tratado conforme a lo que las partes entendieron que era su contenido y alcances y, por lo tanto, asegurar la necesaria credibilidad del sistema a través de la clarificación del derecho vigente, como fuera expresado por las partes al momento de manifestar su consentimiento en obligarse.
39. Para Estados Unidos el artículo V tiene por objeto fomentar el diálogo, no el arbitraje, sobre una amplia gama de temas referidos a la interpretación o a la aplicación del Tratado, incluidas las cuestiones abstractas relativas al significado del artículo II(7)²⁴. Sobre este asunto, consideramos que recurrir al arbitraje no puede ser seriamente considerado una amenaza a la continuidad del diálogo diplomático, sobre todo frente a una situación particular por la que un Estado se niega a fijar su posición pretendiendo que su actitud unilateral simplemente se entienda como la inexistencia de una controversia. La posición alegada por Estados Unidos de mantener silencio y no contestar, sumada a su pretensión de que su actitud no configura la existencia de una controversia por inferencia, será evaluada más adelante, teniendo en cuenta los hechos relevantes y los alegatos de ambas Partes.

²² *Ibid.*, pág. 21.

²³ *Ibid.*, pág. 43.

²⁴ *Ibid.*, págs. 71-72.

C. Obligación de responder y obligación de acordar una interpretación

40. La parte Demandada sostuvo que ni el contenido del artículo VII del TBI ni del derecho internacional general sustentan la posición de la parte Demandante de recurrir a un tribunal arbitral a efectos de interpretar una cláusula del tratado. La proposición de Ecuador se encuentra contradicha por el significado mismo del artículo VII, leído en su contexto y a la luz del objeto y fin del tratado, así como por un siglo de jurisprudencia intacta²⁵.
41. Para Estados Unidos no existe obligación de responderle a Ecuador, menos aún confirmar su interpretación unilateral del Tratado: Ecuador no tiene derecho, con arreglo al Tratado ni al derecho internacional, a exigir que Estados Unidos confirme su propia interpretación del artículo II(7) o se sometan a un arbitraje.
42. Estados Unidos sostuvo que ejerció su discreción al no responder a la exigencia de Ecuador. La Demandada alegó que conservaba la discreción de acordar mutuamente una interpretación conjunta o llegar a un “acuerdo ulterior” sólo si así lo deseaba para aclarar la manera en que las Partes entendían una disposición particular. De la misma manera, conservaba la discreción de no entrar en detalles sobre el significado de una disposición puntual del tratado²⁶. Para Estados Unidos, nada en el contenido del Tratado lo obliga a responder a la exigencia de Ecuador de que confirme su interpretación²⁷.
43. Estados Unidos expresó que la única disposición del Tratado en virtud de la cual se ha comprometido a entender sobre el significado de sus disposiciones era el artículo V referido a las consultas. Tal como opinó el Profesor Tomuschat, recurrir al artículo V habría sido el medio adecuado para intentar si las Partes podían acordar una declaración interpretativa mutuamente aceptable²⁸.
44. Estados Unidos sostuvo que el derecho internacional general no exige que un Estado responda a una declaración interpretativa²⁹. Sobre este punto entendemos que Ecuador no se opuso a la antedicha afirmación de la Demandada. No hay dudas que para el derecho internacional general no existe una obligación genérica por la que se le imponga a un Estado una obligación de negociar o acordar una nueva interpretación del tratado. Pero el objeto de la demanda de Ecuador se focaliza en un reclamo de interpretación de una cláusula del tratado de conformidad a lo que las partes acordaron al momento de manifestar su consentimiento en obligarse. Es evidente que Ecuador no puede “imponer” su interpretación unilateral ni a Estados Unidos ni al Tribunal sino que simplemente sometió la controversia sobre interpretación a la decisión de este Tribunal *ad hoc* de acuerdo al artículo VII del Tratado. Ecuador solicita el reconocimiento por parte del Tribunal de su propia interpretación, pero esta determinación corresponde al Tribunal y no a las partes.
45. En este contexto es relevante la cita que Estados Unidos hace en su Memorial de Objeciones a lo expresado por el Presidente de este Tribunal en cuanto a que “[l]a función del intérprete de un tratado no es procurar satisfacer la voluntad explícita o implícita de una de las partes sino la voluntad consensuada de todas las partes, que se desprende del texto que acordaron y en función de la cual se elaboró el Tratado”³⁰. Estados Unidos reafirma su convicción de que no hay controversia

²⁵ *Ibid.*, págs. 17-22.

²⁶ *Ibid.*, pág. 41.

²⁷ *Ibid.*, pág. 42.

²⁸ *Ibid.*, pág. 43.

²⁹ *Ibid.*, pág. 46.

³⁰ *Ibid.*, pág. 54.

porque no hay un caso concreto al no existir en su contra una alegación por parte de Ecuador sobre la violación de norma alguna del Tratado. Aun más, toma nota de que Ecuador ha confirmado que no ha acusado a Estados Unidos de ninguna mala actuación, no ha acusado a Estados Unidos de ninguna violación de sus obligaciones internacionales, no ha pedido compensación de Estados Unidos, no ha pedido una orden contra Estados Unidos³¹. Pero esta alegación de Estados Unidos no fue negada por Ecuador, por lo tanto, puede asegurarse que no existió una controversia entre las Partes sobre la preexistencia de una obligación de acordar una cláusula del Tratado.

46. Por nuestra parte, entendemos que la demanda de Ecuador no contiene una exigencia de “acordar” o “imponer” un determinado curso de acción sino que reclama la interpretación del artículo II(7) del TBI de conformidad a la voluntad común de las Partes al negociar y luego al manifestar su consentimiento en obligarse por el Tratado. La demanda de Ecuador se fundamenta en la cláusula compromisoria estipulada por las partes en el artículo VII del TBI. Se refiere entonces a una controversia concerniente a la interpretación del Tratado y no a una controversia sobre la obligación de Estados Unidos de responder a la exigencia de Ecuador de que confirme su interpretación.

D. La función de interpretar y la función de legislar

47. Para Estados Unidos, si el Tribunal emitiera una interpretación del artículo II(7) como requiere Ecuador, estaría excediendo sus facultades judiciales y creando derecho internacional, en perjuicio del derecho de cada parte de interpretar el tratado³².
48. Sostuvo la Demandada que la posición de Ecuador es judicializar las relaciones de los Estados parte bajo el Tratado³³ al pretender extender los alcances del artículo VII a situaciones que no provienen de la violación de una norma del tratado.
49. Estados Unidos sostiene que en vista de la total falta de alguna presunta infracción u otra mala acción por parte de Estados Unidos, este Tribunal debería rechazar la invitación de Ecuador a legislar en materia judicial y desestimar la solicitud de Ecuador³⁴.
50. Estados Unidos parte del presupuesto de que la declaración de competencia de este Tribunal para interpretar el artículo II(7) del TBI implicaría asumir una facultad legislativa que el Tribunal no posee³⁵. Sostuvo que una interpretación abstracta del artículo II(7) excede las funciones judiciales atribuidas por el artículo VII.
51. Según Estados Unidos, Ecuador solicita a este Tribunal que sea “*autor de nuevas normas*” a fin de que se declare competente en virtud del artículo VII para exigirle en definitiva, que emita “*interpretaciones*” del artículo II(7) que van mas allá de lo que el texto del tratado dice³⁶.
52. De la antedicha aseveración entendemos, en primer lugar, que la Demandada claramente confirmó que se resiste, y por lo tanto se opone, a la interpretación del artículo II(7) pretendida por Ecuador. En segundo lugar, pone de manifiesto una incomprensible confusión entre lo que para el derecho internacional es la función de interpretar y la función de legislar, máxime cuando la Demandada citó

³¹ Transcripción (Primera Audiencia), pág. 22:10-23 (Declaración del abogado de Ecuador).

³² Transcripción (Audiencia sobre Jurisdicción), Día 1, págs. 164:21-165:1.

³³ *Ibid.*, pág. 168:8-16.

³⁴ Memorial sobre Objeciones a la Jurisdicción, pág. 32.

³⁵ *Ibid.*, pág. 62.

³⁶ *Ibid.*

textualmente en su Memorial sobre Objeciones lo expresado por el Presidente de este Tribunal en un artículo de su autoría respecto a que: “*Un intérprete del derecho es aquel que intenta explicar lo que redactaron otras personas. No le corresponde crear normas nuevas ni debería hacerlo. El intérprete no tiene derecho a decir ni más ni menos que lo que se dijo en el texto que está interpretando, que no refleja su voluntad sino la del autor de las normas*”³⁷.

53. Es evidente que si la interpretación alegada por Ecuador excede lo acordado por las partes en el Tratado, es el Tribunal el que deberá determinarlo cuando se aboque al fondo de la cuestión relativa a la interpretación del artículo II(7). El contenido y alcances de la interpretación de Ecuador no es una cuestión relativa a la jurisdicción del Tribunal sino que hace al fondo de la cuestión planteada.
54. Para Estados Unidos la demanda de Ecuador relativa a la interpretación general y abstracta de una cláusula del Tratado, priva a las partes del derecho de interpretar el Tratado que redactaron³⁸. Sobre el particular, consideramos que es justamente el mismo tratado el que a través de la cláusula compromisoria del artículo VII otorga a los Estados la posibilidad de recurrir al arbitraje para dirimir una controversia concerniente a la interpretación de una de sus cláusulas.

E. Interpretación en abstracto y la existencia de un caso concreto

55. Estados Unidos sostuvo que el artículo VII del TBI no autoriza recurrir al arbitraje para dirimir asuntos relativos a la interpretación del Tratado sin que exista un caso concreto. Para Estados Unidos el requisito de la existencia de un caso concreto implica que una de las partes haya alegado la violación de una norma del tratado por parte de la otra.
56. Estados Unidos fundamenta su posición en el precedente de la CIJ en el caso concerniente al *Camerún Septentrional*³⁹.
57. Ecuador por su parte alegó que la referencia que la CIJ hace en *Camerún Septentrional* al caso concreto se limita a las posibles consecuencias prácticas de una sentencia respecto a las partes en la controversia y no a la existencia de una alegación sobre la violación de una norma del derecho internacional. En consecuencia sostuvo que el artículo VII del TBI autoriza el recurso al arbitraje para dirimir una controversia sobre la interpretación en abstracto de un tratado que se encuentra en vigor.
58. En el caso del *Camerún Septentrional*, la CIJ sostuvo:

la función de la Corte es decretar la ley, pero puede pronunciar un juicio únicamente en conexión con casos concretos **en donde existe una controversia real al momento de la adjudicación** que involucra un conflicto de interés entre las partes. El juicio de la Corte debe tener alguna consecuencia práctica en el sentido de que **pueda afectar los derechos u obligaciones legales existentes de las partes, eliminando así la incertidumbre de sus relaciones legales. Ninguna sentencia sobre el fondo en este caso podría satisfacer estas características esenciales para la función judicial**⁴⁰. (Traducción libre)

³⁷ *Ibid.*, ver nota. 189.

³⁸ *Ibid.*, pág. 59.

³⁹ *Camerún Septentrional (Camerún c. Reino Unido)*, Sentencia del 2 de diciembre de 1963, *CIJ. Informes 1963*.

⁴⁰ *Ibid.*, págs. 33-34 (énfasis agregado).

59. Entiendo que no hay otra alternativa más que leer el párrafo dentro de su propio contexto: por primera vez, la Corte se refirió a un “caso concreto” en relación con la imposibilidad de pronunciar una sentencia sin efectos legales, debido al hecho de que no había un caso real. La inexistencia de un caso era consecuencia directa de la extinción del Acuerdo de Fideicomiso y el reconocimiento de Nigeria como un nuevo Estado independiente. La Corte consideró que por estas circunstancias el caso se tornaba irrelevante.
60. La Corte entendió que el asunto de la controversia desapareció, debido a que el Acuerdo de Fideicomiso se extinguió unos días después de que se presentara la solicitud de la Demandante. Asimismo, la Corte afirmó que:

[D]entro de un período de dos días posteriores a la presentación de la Solicitud, el derecho sustantivo que el derecho procesal hubiese protegido desapareció con la extinción del Acuerdo de Fideicomiso en relación con Camerún Septentrional. Luego del 1 de junio de 1961 no hubo un “territorio en fideicomiso” ni habitantes que proteger a través del ejercicio de las funciones del fideicomiso [...]⁴¹. (Traducción libre)

61. De allí que el requisito de las “consecuencias prácticas” mencionado por la CIJ in el caso *Camerún Septentrional*, se relacionaba con la existencia misma de la diferencia en el sentido de que puede afectar las obligaciones y los derechos legales “existentes” de las partes.
62. En el caso que nos ocupa, el objetivo del reclamo presentado por Ecuador es obtener una interpretación auténtica de una cláusula del tratado a través de la aplicación del derecho internacional por un tribunal imparcial constituido de conformidad con el Artículo VII del TBI. Naturalmente, la decisión pronunciada en el marco de un laudo arbitral acerca de la interpretación de una cláusula del tratado será vinculante para ambas partes en relación con el alcance y el sentido adecuados de esa cláusula en particular. Los demás efectos que un laudo vinculante pueda tener en lo que concierne a las partes de la diferencia no constituyen un asunto que deba tratarse dentro de la fase jurisdiccional del proceso. Debiera ser suficiente con que el Tribunal entienda que, independientemente del resultado final de su decisión, de seguro otorgará seguridad jurídica respecto del Derecho aplicable entre las partes.

F. Sentencias declaratorias y consecuencias prácticas en el derecho internacional

63. A modo ilustrativo, se tratarán ciertos fragmentos del caso *Camerún Septentrional* que aclaran la postura de la Corte en cuanto a lo que quiso decir al referirse a las “consecuencias prácticas”, precisamente en relación con su facultad de producir sentencias declaratorias y sus efectos prácticos.
64. En ese contexto, el caso *Camerún Septentrional* es también un precedente pertinente sobre la interpretación de los tratados. En relación con el mero efecto declarativo que Camerún perseguía en su Solicitud, la Corte estableció que:

A lo largo de dichos procedimientos, la República de Camerún ha afirmado que solo pretende obtener una sentencia declaratoria de la Corte que establezca que previo a la extinción del Acuerdo de Fideicomiso en relación con Camerún Septentrional, el Reino Unido violó las disposiciones del Acuerdo, y que, si su aplicación fuese admisible y la Corte tuviese competencia para examinar el fondo del reclamo, **la**

⁴¹ *Ibíd.*, pág. 36.

Corte no sólo podría emitir dicha sentencia declaratoria, sino que debería hacerlo [...] ⁴².(Traducción libre)

65. Asimismo, la Corte agregó:

Que es indiscutible que, en el caso adecuado, la Corte puede emitir una sentencia declaratoria ... Independientemente de la naturaleza del petitorio, si la Corte considera que decidir sobre el fondo de una Solicitud sería inconsistente con su función judicial, debería negarse a hacerlo. **Además, la Corte observa que si en una sentencia declaratoria expone una norma de derecho consuetudinario o interpreta un tratado, el cual permanece en vigencia, su decisión tendrá una aplicabilidad ininterrumpida.** Sin embargo, en este caso, existe una controversia sobre la interpretación y aplicación de un tratado —el Acuerdo de Fideicomiso— que actualmente se ha extinguido, no se encuentra en vigencia, y no puede existir oportunidad para todo acto futuro de interpretación o aplicación de dicho tratado de acuerdo con cualquier decisión que la Corte pueda emitir ⁴³.(Traducción libre)

66. Luego, la Corte citó a la CPJI en *Interpretation of Judgment No. 7 and 8*⁴⁴, donde estableció que:

La Sentencia N°7 de la Corte posee las características de una sentencia declaratoria, cuya intención consiste asegurar el reconocimiento de una situación de derecho, de manera indefinida y con la fuerza vinculante entre las Partes. Esto de manera tal que posición jurídica establecida de dicha manera no pueda ser cuestionada nuevamente respecto a los efectos jurídicos implicados en ella ⁴⁵. (Traducción libre)

67. La Corte también señaló que:

Asimismo, puede convenirse, tal como lo ha sugerido la representación de la Demandante, en **que luego de que se emite una sentencia, el uso que la parte vencedora hace de dicha sentencia es un asunto que recae sobre el plano político, no del judicial.** Sin embargo, brindar meramente una base para la acción política no es una función de la Corte en el caso no exista una cuestión de derechos legales reales. Independientemente de la decisión de la Corte sobre el fondo de una controversia, cualquiera de las partes, o ambas, de hecho, se encuentran legitimadas para actuar de manera retroactiva, prospectiva u omitir una acción, la cual implicaría cumplir con la sentencia de la Corte o sucontravención. Esa no es la situación en este caso ⁴⁶.(Traducción libre)

68. Por último, la Corte arribó a la siguiente conclusión:

Ya sea que en el momento en el cual la Solicitud fue presentada, la Corte tuviese jurisdicción para decidir la controversia sometida a su entendimiento, o no, las circunstancias que han surgido desde entonces, despojan de sentido a cualquier decisión. En virtud de dichas condiciones, si la Corte procediera aún más sobre el

⁴² *Ibid.* (énfasis agregado).

⁴³ *Ibid.*, pág. 37 (énfasis agregado).

⁴⁴ Chorzów Factory, CPJI Serie A, N° 13, pág. 20.

⁴⁵ *Camerún Septentrional (Camerún c. Reino Unido)*, Sentencia del 2 de diciembre de 1963, CIJ. Informes 1963, pág. 37.

⁴⁶ *Ibid.*, págs. 37-38 (énfasis agregado).

caso, según su opinión, no estaría ejerciendo un correcto desempeño de sus funciones⁴⁷.(Traducción libre)

69. En tales circunstancias, la Corte destacó que, “[t]oda sentencia que la Corte pudiera pronunciar carecería de objeto”⁴⁸ (Traducción libre).
70. En conclusión, la existencia de un “caso concreto” depende de la existencia de un conflicto de intereses en relación con una norma jurídica, que, al momento de la adjudicación, se encuentra en vigor entre las partes. De lo contrario, “[...] la Corte se encuentra relegada a un asunto remoto de la realidad”⁴⁹. (Traducción libre)
71. Por ello, las consecuencias prácticas de un laudo conforme al Artículo VII del TBI deberían entenderse en el sentido de que “*pueda afectar los derechos u obligaciones legales existentes de las partes, eliminando así la incertidumbre de sus relaciones legales*”⁵⁰.
72. Como ya se expresara, el presente caso concierne a un tratado que se encuentra en vigor y que es vinculante para Ecuador y para los Estados Unidos. No le cabe a este Tribunal decidir dentro de la fase jurisdiccional acerca de las consecuencias jurídicas de su laudo sin considerar el fondo de la cuestión. Al decidir sobre su competencia, basta con que el Tribunal confirme que el Tratado se encuentra en vigor y que la resolución de la controversia acerca de la interpretación tiene el objetivo de otorgar seguridad jurídica sobre el alcance y el sentido adecuados de una cláusula del tratado, de modo de eliminar incertidumbre sobre sus obligaciones legales, con efectos vinculantes para ambas partes.
73. Entendemos que las suposiciones de la Demandada, derivadas del caso *Camerún Septentrional* acerca del requisito de que exista un caso concreto y del requisito de las consecuencias prácticas conducen a error.

G. Precedentes relativos a interpretación de tratados en abstracto y frente a casos concretos (alegación de violación)

74. Las cortes y tribunales internacionales han reiteradamente aplicado las cláusulas compromisorias similares a la del artículo VII a efectos de determinar si tenían o no jurisdicción sobre controversias concernientes a la interpretación de tratados en las que no existan alegaciones de violaciones a un tratado.
75. Durante la sustanciación del procedimiento sobre la jurisdicción del Tribunal tanto Estados Unidos como Ecuador argumentaron y debatieron ampliamente sobre los precedentes invocados por una y otra Parte.

Precedentes invocados por Estados Unidos

76. El único caso que Estados Unidos invocó en su Memorial de Objeciones para avalar su posición relativa a la imposibilidad de que un tribunal internacional ejerza jurisdicción sobre una demanda de

⁴⁷ *Ibid.*, pág. 38.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*, pág. 33.

⁵⁰ *Ibid.*, pág. 34 (énfasis agregado).

interpretación de una norma de un tratado sin alegar la violación de ese tratado, es el caso de los *Reclamos sobre Doble Nacionalidad* resuelto por la Comisión Anglo-Italiana creada por la cláusula compromisoria del artículo 83 del Tratado de Paz con Italia de 1947⁵¹. La Comisión de Conciliación sostuvo que una interpretación autoritativa en abstracto puede crear una regla de derecho que no es una función judicial sino legislativa⁵².

77. La Comisión distinguió la facultad de interpretar de la facultad de legislar, considerando que la solicitud del Reino Unido excedía la función de interpretar el texto y, por lo tanto, implicaba la posibilidad de que el tribunal se excediera sobre el ejercicio de esa facultad y en definitiva, estuviera legislando. Pero en el presente caso Ecuador reclama la interpretación del artículo II(7) dentro del contexto del sentido y alcance que se le dio a esa cláusula durante las negociaciones y al momento en que ambas partes manifestaron su consentimiento en obligarse por el Tratado.
78. Ecuador no solicitó la creación de una nueva norma sino la interpretación de una norma de un tratado de acuerdo al sentido que las partes le dieron al momento de manifestar su consentimiento en obligarse. Por tal motivo, en el presente caso la decisión sobre si la interpretación propuesta excede lo expresamente acordado por las partes al redactar el texto de la norma bajo interpretación, deberá en todo caso ser resuelto por el tribunal al analizar el fondo de la cuestión planteada.
79. La Comisión de Conciliación declinó su jurisdicción porque debía actuar bajo una cláusula compromisoria que expresamente requería la existencia de un caso de incumplimiento del tratado. La Comisión expresó que debía limitar sus actividades a definir las controversias surgidas de reclamos presentados de acuerdo a los términos del artículo 78 del Tratado de Paz⁵³. Pero la cláusula compromisoria del artículo 83 de ese Tratado de Paz es esencialmente diferente a la del artículo VII del TBI invocado en el presente caso.
80. Para Ecuador en el caso de los *Reclamos sobre Doble Nacionalidad* se requería de la existencia de un reclamo no satisfecho por Italia frente a la presunta violación del esquema de reparaciones contemplado en el Tratado de Paz. En primer lugar debía intervenir una Comisión binacional y en caso de no llegar a solucionar la controversia recién se activaba el mecanismo del arbitraje. Ecuador también alegó que la Comisión tuvo en cuenta no exceder los límites de su jurisdicción al hacer una interpretación abstracta que sería obligatoria para todos los Estados parte en el Tratado de Paz sin haber expresado estos su consentimiento⁵⁴.
81. A nuestro entender, del texto del Laudo surge que la Comisión expresó que en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales la Comisión “[...] solo puede concluir que la Comisión debe limitar sus actividades a decidir sobre controversias que surjan de reclamos presentados de conformidad con los términos del Artículo 78 del Tratado de Paz” (Traducción libre.). En consecuencia entendió que no se le había otorgado la facultad de “exceder los límites que el Tratado de Paz formalmente le asigna para el ejercicio de su jurisdicción [...] no se puede exceder los límites que los principios, el texto y el espíritu le asignan a la competencia de la Comisión [...]”⁵⁵.
82. Sobre el particular, encontramos que es evidente que la Comisión no tenía jurisdicción porque su jurisdicción estaba condicionada al texto y al espíritu de la cláusula compromisoria del tratado que

⁵¹ Memorial sobre Objeciones a la Jurisdicción, págs. 64-65; Memorial de Contestación, págs. 21-22.

⁵² Transcripción (Audiencia sobre Jurisdicción), Día 1, pág. 165:2-23.

⁵³ Transcripción (Audiencia sobre Jurisdicción), Día 2, pág. 296:8-15.

⁵⁴ Memorial de Contestación, págs. 24-25.

⁵⁵ *Casos de doble nacionalidad*, Comisión de Conciliación Anglo-Italiana, Decisión N° 22 del 8 de mayo de 1954, *RIAA*, Vol. XIV, pág. 34 (traducción libre).

la condicionaba a la existencia de una controversia relativa a la violación del esquema de reparaciones. En este contexto la cláusula compromisoria es fundamentalmente distinta a la cláusula compromisoria acordada por las Partes en el presente caso a través del artículo VII del TBI. Por lo tanto, consideramos que el único precedente invocado por Estados Unidos es irrelevante.

83. Lo realmente revelador en el caso de la *Doble Nacionalidad* es que la Comisión asumió que tenía características propias a toda comisión de conciliación y, por lo tanto, aquellas funciones que no son propias a esas comisiones debían estar expresamente reconocidas en el tratado que las creaba⁵⁶.
84. Estados Unidos alegó, asimismo, que la existencia de un caso concreto relativo a la violación de una norma del derecho internacional se evidencia en precedentes de tribunales que dirimen controversias entre inversores y Estados como es el caso de los tribunales constituidos bajo el sistema del CIADI. Frente a esta alegación, es oportuno recordar que para que un tribunal CIADI tenga jurisdicción deberá haber una alegación de violación de un tratado de protección de inversiones. Los tribunales bajo el mecanismo de arbitraje del CIADI sólo tienen competencia sobre controversias entre inversores y Estados en las que se debe necesariamente alegar la violación de una norma del tratado que se invoca como fundamento de la competencia del tribunal.

Precedentes invocados por Ecuador

85. Por su parte, Ecuador se refirió a una serie de precedentes internacionales en los que se constata una aplicación coherente y reiterada de cláusulas compromisorias, similares a la del artículo VII del TBI, admitiéndose el ejercicio de la función judicial a efectos de interpretar cláusulas convencionales sin que existiera una alegación específica de violación de un tratado.
86. Una breve referencia a esos precedentes pone en contexto la importancia del alcance que los tribunales internacionales le asignan a cláusulas similares a la del artículo VII del TBI para la determinación de sus respectivas jurisdicciones.
87. En el caso de *Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia*⁵⁷, la CPJI desestimó una objeción a su jurisdicción fundada en el carácter abstracto de la demanda en razón de que un Estado no se encuentra inhbido de recurrir al tribunal respecto a un asunto abstracto de interpretación de un tratado⁵⁸.
88. La Corte sostuvo:

[n]o parece existir una razón por la cual los Estados no puedan solicitar a la Corte dar una interpretación abstracta de un tratado; más bien parecería que esta es una de las funciones más importantes que esta pueda cumplir. De hecho, ya tuvo su ocasión para hacerlo en la Sentencia No. 3 [*Tratado de Neuilly*]⁵⁹.
89. En este caso Estados Unidos alegó⁶⁰ que la cláusula compromisoria se refería a “diferencias de opiniones” y no a una “controversia”. En consecuencia, para Estados Unidos, se establecía un nivel más bajo para asegurar jurisdicción. Sin embargo, del texto mismo de la cláusula compromisoria

⁵⁶ *Ibid.*, pág. 35.

⁵⁷ *Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia (Fondo)*, (1926), CPJI Serie A, N° 7 (traducción libre).

⁵⁸ Memorial de Contestación, pág. 15.

⁵⁹ *Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia (Fondo)*, (1926), CPJI Serie A, N° 7, págs. 18-19 (traducción libre).

⁶⁰ Transcripción (Audiencia sobre Jurisdicción), Día 1, pág. 186:12-22.

que dio lugar al antedicho precedente, surgía claramente que las partes entendieron que se estaban refiriendo a “controversias internacionales”. La simple lectura de las partes pertinentes del fallo revelan que la Corte no distinguió entre “diferencia de opiniones” y “controversias” concernientes a interpretación.

90. Sostuvo Estados Unidos que en el *caso de la sentencia N° 3* de la Corte Permanente, Bulgaria y Grecia habían consentido expresamente que la Corte interpretara el Tratado de Neuilly. Aplicando el mismo razonamiento al presente caso, entendemos que el artículo VII del TBI expresa también un acuerdo, aunque en este caso general, para arbitrar “cualquier controversia” incluyendo controversias sobre interpretaciones abstractas de Tratado.
91. El caso concerniente a los *Derechos de los Nacionales de los Estados Unidos en Marruecos* es otro ejemplo del reconocimiento por parte de la CIJ de su capacidad para interpretar un tratado con el objeto de clarificar los derechos y obligaciones de las partes removiendo de esta forma la falta de certeza en cuanto al derecho vigente⁶¹. Para Estados Unidos, Francia aun siendo la parte acusada, fue la que presentó el caso ante la Corte. Por lo tanto, no es sorprendente que ésta haya formulado su solicitud, no en términos de violaciones a tratados, sino como una solicitud de declaración de sus derechos y obligaciones en el tratado⁶². Sin embargo, de la simple lectura del caso surge que la Corte finalmente se expidió sin considerar el incumplimiento de obligación alguna de los acuerdos invocados.
92. En el *caso concerniente a la Interpretación del Estatuto del Territorio de Memel*, la CPJI sostuvo que tenía jurisdicción para entender sobre la interpretación del artículo 17 del Estatuto independientemente de la existencia de una violación del Estatuto. La Corte Permanente expresó:

La redacción del Artículo 17 expresa que dos procesos se relacionan con diferentes propósitos. El propósito *del* proceso ante el Consejo es la examinación de una ‘violación de las disposiciones del Convenio’, lo cual presupone un acto ya cometido, mientras que el procedimiento ante la Corte se refiere a ‘cualquier diferencia de opinión respecto de cuestiones de hecho o de derecho’. Tal diferencia de opinión puede surgir sin que se observe ninguna violación’⁶³. (Traducción libre)
93. En cuanto al concepto de “*diferencia de opiniones*”, el artículo 17 lo identifica con “*controversias de carácter internacional*” bajo los términos del artículo 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones⁶⁴.
94. La Corte asimismo sostuvo que el objeto del proceso ante el Consejo se refiere a una infracción de las cláusulas del tratado, que presupone un acto ya acaecido. Mientras que el procedimiento ante la Corte se refiere a cualquier diferencia de opinión sobre cuestiones de derecho o de hecho.
95. En el caso de las *Pensiones de los Oficiales del Territorio del Sarre*⁶⁵, el Tribunal de Arbitraje entendió que tenía jurisdicción sobre una solicitud de interpretación del artículo 10 del Acuerdo de Baden-Baden sin haberse alegado violación alguna del Tratado.

⁶¹ *Derechos de ciudadanos locales de los Estados Unidos de América en Marruecos (Francia c. Estados Unidos de América)*, Fallo del 27 de agosto de 1952, *CIJ. Informes 1952* (traducción libre)..

⁶² Transcripción (Audiencia sobre Jurisdicción), Día 1, págs. 183:19-184:1.

⁶³ Interpretación del Estatuto del Territorio de Memel, Fallo (Objeciones Preliminares) (1932), CPJI Serie A/B, N° 49, pág. 248 (traducción libre)..

⁶⁴ Ver texto art. 17 en Memorial de Contestación, págs. 20-21, nota 41.

⁶⁵ *Pensiones de funcionarios del territorio de Saar, Alemania - Comisión de Gobierno del Territorio del Sarre, RIAA*, Vol. III (1934) (traducción libre).

96. Idéntico criterio siguió el Tribunal que entendió en el caso de la *Revaluación del Marco Alemán* al expedirse sobre la interpretación del Acuerdo sobre la Deuda Externa Alemana de 1953, al resolver la cuestión concerniente a esa interpretación independientemente de la inexistencia de un reclamo sobre violación de dicho acuerdo. El Tribunal expresó:

El derecho del Solicitante a una interpretación autoritativa de la cláusula en disputa [...] está fundamentado en los cimientos de las consideraciones que los Solicitantes dieron y las concesiones que hicieron a cambio de la cláusula en disputa. Éstos tienen derecho a saber cuál es el efecto legal del lenguaje utilizado. El Tribunal en ejercicio de sus funciones judiciales está obligado a informarles⁶⁶.

97. A todos estos precedentes su suman contundentes precedentes del Tribunal de Reclamaciones entre Irán y Estados Unidos por los que el Tribunal ejerció jurisdicción sobre asuntos relativos a interpretación en abstracto.

98. En el caso N° A/2, el Tribunal de Reclamaciones sostuvo que:

Conforme al Artículo VI, párrafo 4, de la Declaración de Finiquito de Demandas, “el Tribunal decidirá todas las cuestiones concernientes a la interpretación o aplicación de este acuerdo cuando así lo soliciten Irán o los Estados Unidos” (Traducción libre.), y conforme al párrafo 17 de la Declaración General y al Artículo II, párrafo 3, de la Declaración de Finiquito de Demandas, cualquiera de las Partes puede someter las controversias que surjan entre las Partes respecto de la interpretación de alguna disposición de la Declaración General al proceso arbitral vinculante del Tribunal. Sobre la base de este doble fundamento, el Tribunal no sólo tiene el poder sino la obligación de dar una interpretación del punto planteado por Irán⁶⁷.

99. El caso N° A/17 es otro ejemplo dentro de los precedentes del Tribunal de Reclamaciones entre Irán y Estados Unidos en los que el Tribunal reconoció que su decisión meramente concernía una guía interpretativa⁶⁸. Por lo tanto, no involucraba una decisión concerniente a la violación de una norma del derecho internacional aplicable.

100. Estados Unidos intentó atemperar los efectos negativos de su posición frente a los casos resueltos por el Tribunal de Reclamaciones entre Irán y Estados Unidos al sostener que las partes expresamente habían consentido la ampliación de la jurisdicción del tribunal⁶⁹. A contrario de lo sostenido por Estados Unidos, la simple lectura de ambos laudos constata que en ninguna de estas decisiones se hizo referencia a un consentimiento especial de las Partes para concederle al Tribunal autorización para entender sobre controversias sobre interpretación no relacionadas a incumplimientos de los tratados.

101. Estados Unidos alegó también que las Partes en los casos A/2 y A/17, nunca habían objetado la jurisdicción del Tribunal. Citó en apoyo de su posición la opinión concurrente de dos de los jueces

⁶⁶ La cuestión de si la Reevaluación del Marco Alemán en 1961 y 1969 constituye una causa de aplicación de la cláusula del Artículo 2(e) del Anexo I A del Acuerdo de 1953 sobre las Deudas Externas de Alemania, RIAA, Vol. XIX (1980), pág. 89 (traducción libre)..

⁶⁷ *República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, Caso N° A/2, Decisión N° DEC 1-A2-FT, 26 de enero de 1982, Parte II (traducción libre)..

⁶⁸ *Estados Unidos de América c. República Islámica de Irán*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, DEC. 37-A17-FT, 18 de Junio de 1985(traducción libre)..

⁶⁹ Transcripción (Audiencia sobre Jurisdicción), Día 1, pág. 177:4-9.

que manifestaron que las partes pueden modificar, cuando fuere necesario, la jurisdicción del tribunal de mutuo acuerdo⁷⁰. El argumento de Estados Unidos sobre el hecho de que ninguna de las partes había objetado la jurisdicción del Tribunal en los casos antes mencionados es considerado por Ecuador como irrelevante en razón de que ninguno de estos laudos se basó en la ausencia de tales objeciones⁷¹.

102. En resumen, entendemos que estos dos casos evidencian que tribunales operando bajo cláusulas compromisorias similares a la del artículo VII, están facultados para decidir controversias sobre interpretación de un tratado, aun en ausencia de una alegación de violación.
103. Para Estados Unidos todos los casos citados por Ecuador se generaron inicialmente sobre la base de la violación de un tratado y de esta forma satisfacen el requisito de caso concreto⁷². Sostuvo que, en algunos casos, la cuestión sobre interpretación era dominante en razón de que la controversia se refería a posiciones opuestas sobre el significado de las cláusulas de un tratado. En otros casos, las cuestiones relativas a la aplicación del tratado fue la dominante.
104. Durante las audiencias orales Estados Unidos sostuvo que todos esos casos argumentados por Ecuador o bien avalan plenamente su propia posición sobre la necesidad de un caso concreto —es decir que surgieron de alegaciones de violaciones a un tratado—, o bien son manifiestamente distinguibles porque las partes en disputa acordaron extender la jurisdicción del tribunal⁷³.
105. Por nuestra parte interpretamos que la originalidad de esta argumentación supera el marco de imaginación jurídica posible al simplemente confrontar las cláusulas compromisorias que habilitaban a los tribunales a solucionar cualquier controversia concerniente a la interpretación de un tratado, con el texto expreso de las decisiones citadas y con el razonamiento y la lógica que se desprende de esos textos.

H. Conclusión sobre el alcance de la cláusula compromisoria del artículo VII

106. La jurisprudencia internacional es coherente en cuanto a admitir el ejercicio de la jurisdicción sobre controversias concernientes a la interpretación de un tratado sin necesidad de la existencia de una alegación sobre la violación de un tratado. Esta jurisprudencia aplicó los acuerdos particulares que le atribuían a cada tribunal jurisdicción para entender en controversias sobre interpretación sin que mediara una alegación de violación de derecho.
107. El reconocimiento más contundente por el derecho internacional convencional para diferenciar una controversia sobre interpretación de una controversia sobre aplicación de un tratado se manifiesta en la redacción del artículo 36(2) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que reconoce la posibilidad de ejercer jurisdicción sobre cuestiones de interpretación de tratados en forma autónoma de la jurisdicción sobre otras cuestiones.
108. El artículo 36(2) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece:

[...] en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre:
a. la interpretación de un tratado;

⁷⁰ *Ibid.*, págs. 201:7-202:8.

⁷¹ Transcripción (Audiencia sobre Jurisdicción), Día 2, pág. 292:19-24.

⁷² Transcripción (Audiencia sobre Jurisdicción), Día 1, pág. 173:1-14.

⁷³ *Ibid.*, págs. 160:12-161:3.

- b. cualquier cuestión de derecho internacional;
 - c. la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional;
 - d. la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.
109. Los precedentes antes citados simplemente confirman la única interpretación posible del texto y contexto del artículo VII del TBI en cuanto a que el Tribunal tiene jurisdicción para interpretar el artículo II(7) y en consecuencia informar a las partes sobre su contenido y alcances generando de esta forma certeza jurídica sobre el derecho vigente entre las partes.
110. Las referencias que formula Estados Unidos a precedentes en materia de solución de controversias entre inversores y Estados⁷⁴ es irrelevante en el presente caso, en razón de que la jurisdicción de esos tribunales arbitrales se limita a las controversias relativas al incumplimiento o la violación de una norma de un tratado de protección de inversiones y no contemplan la posibilidad de un ejercicio jurisdiccional para entender en controversias sobre interpretación fuera del contexto de una presunta violación del tratado.
111. La fórmula del artículo VII no es una invención de las partes en el TBI sino la reiteración de una cláusula compromisoria tradicional del derecho internacional general utilizada a partir de principios de siglo XX. La interpretación de un tratado no puede ser ni amplia ni restrictiva. Debe sujetarse a los términos y las condiciones acordadas por las partes. El texto y contexto del artículo no dan lugar a confusión, oscuridad o ambigüedad alguna ni a resultados manifiestamente absurdos o irrazonables. El texto expreso, interpretado de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado determinan sin ambigüedad o confusión que cualquier disputa concerniente a la interpretación del tratado tiene capacidad para disparar el mecanismo de solución de controversias acordado. Esta interpretación reafirma la necesidad de preservar una adecuada certeza jurídica sobre el contenido y alcances del derecho vigente expresado en cada una de las cláusulas del Tratado.
112. La cláusula compromisoria contenida en el artículo VII fue libremente pactada por las partes y para Estados Unidos es la clara manifestación de su voluntad de someterse al arbitraje⁷⁵. El artículo VII no tiene condicionamientos ni requerimientos previos de agotamiento de recursos diplomáticos. Requiere de la existencia de una controversia, pero la existencia de una controversia no está condicionada a la alegación de una violación de una norma internacional.
113. En este contexto, una decisión de este Tribunal respecto al contenido y los alcances del artículo II(7) del TBI tendrá consecuencias prácticas para ambas partes a través de una interpretación autoritativa que clarifique los derechos y obligaciones existentes de las partes, removiendo de esta forma las incertidumbres derivadas de interpretaciones contradictorias u opuestas entre éstas. En este sentido, las consecuencias prácticas de toda sentencia o laudo quedan aseguradas respecto a ambas partes en la controversia en tanto y en cuanto la norma jurídica sometida a la interpretación o aplicación por parte del tribunal se encuentra vigente.
114. A efectos de determinar si el Tribunal tiene o no jurisdicción basta con tomar conocimiento del reclamo de Ecuador de interpretar el artículo II(7) del TBI de conformidad a la voluntad común de las partes al momento de manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado. Las eventuales

⁷⁴ Memorial sobre Objeciones a la Jurisdicción, págs. 27 y ss.

⁷⁵ Conforme Memorandum del Presidente de los Estados Unidos de América dirigido al Congreso de los Estados Unidos con relación al TBI entre Ecuador y Estados Unidos.

pretensiones de Ecuador respecto a los alcances de la norma objeto de interpretación son materias que hacen al fondo de las cuestiones planteadas y, por lo tanto, una decisión a favor de la jurisdicción del Tribunal no prejuzga sobre la viabilidad de la interpretación alegada por la Parte Demandante.

115. El artículo VII configura el encuadre jurídico para el sometimiento de una controversia sobre interpretación de una norma del tratado a la jurisdicción y competencia de un tribunal arbitral. La demanda de Ecuador se refiere a una controversia sobre interpretación, no a una controversia sobre la obligación de Estados Unidos a negociar o a acordar una nueva interpretación del Tratado.

III. Existencia de la controversia

116. La Demandada objeta la jurisdicción del Tribunal en razón de que no existe la controversia alegada por Ecuador sobre la interpretación del artículo II(7) del TBI. Esta objeción se focaliza sobre el contenido y los alcances de la definición de controversia.
117. Estados Unidos alega nuevamente que para que haya una controversia debe haber un caso concreto —alegación de una violación del tratado— y, a su vez, debe existir una oposición positiva expresa. Ecuador sostiene que la definición de controversia no se encuentra limitada a la existencia de un caso concreto y que la Demandada ha manifestado su oposición positiva en forma tanto expresa como implícita.
118. La jurisprudencia internacional es pacífica y coherente en cuanto a la reiteración de la definición y los condicionamientos de la existencia de una controversia para el derecho internacional.
119. En este contexto, en el caso de la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (en adelante, caso **Georgia c. Rusia**), la CIJ sostuvo:

La Corte recuerda su jurisprudencia establecida en la materia, comenzando por la declaración frecuentemente citada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el marco del caso *Concesiones Palestinas Mavrommatis* de 1924: “Una disputa es un desacuerdo sobre un punto de la ley o hecho, un conflicto de opiniones legales o de interés entre dos personas”. (*Sentencia N° 2, 1924, C.P.J.I., Serie A, N° 2, pág. 11*) Si existe una disputa en un caso dado es una cuestión de “determinación objetiva” por parte de la Corte (*Interpretación de Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumanía, Primera Etapa, Opinión Consultiva, Informes C.I.J. 1950, pág. 74*). “Debe demostrarse que el reclamo de una de las partes es objeto de oposición positiva por parte de la otra” (*África Sudoccidental (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia c. Sudáfrica), Objeciones Preliminares, Sentencia, Informes C.I.J. 1962, pág. 328*) (y más recientemente *Actividades Armadas en el Territorio del Congo (Nueva Solicitud: 2002) (República Democrática del Congo c. Ruanda), Jurisdicción y Admisibilidad, Sentencia, Informes C.I.J. 2006, pág. 40, párr. 90*). La determinación de la Corte debe concentrarse en el análisis de los hechos. Se trata de una cuestión de sustancia y no de forma. Como la Corte ha reconocido (por ejemplo, *Límite Terrestre y Marítimo entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria), Objeciones Preliminares, Sentencia, Informes C.O.J. 1998, pág. 315, párr. 89*), la existencia de una disputa se puede determinar por el incumplimiento de un Estado en responder a un reclamo en circunstancias en donde se invoca una respuesta. Mientras que la existencia de una disputa y la realización de las negociaciones difieren como cuestión de principio, las

negociaciones pueden ayudar a demostrar la existencia de una disputa y a delinear su materia. (Traducción libre.)⁷⁶.

120. En el caso sobre las *Cuestiones Relativas a la Obligación de Juzgar o Extraditar* entre Bélgica y Senegal, la Corte volvió a confirmar el contenido de la definición de una controversia entre Estados⁷⁷.
121. Ya desde el caso *Mavrommatis* la Corte Permanente de Justicia Internacional afirmó que una controversia es un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de puntos de vista legales o intereses entre dos personas⁷⁸. En este sentido una controversia concerniente a interpretación puede surgir de las actitudes opuestas entre dos Estados respecto a la interpretación de una cláusula de un tratado.
122. La definición de controversia no debería estar en discusión entre las partes. Sin embargo, Estados Unidos invocó un requisito en la argumentación de su objeción a la jurisdicción —la existencia de un caso concreto—, que no aparece en la definición tradicional ni en la reiteración de esa definición en los precedentes más recientes de tribunales internacionales en el sentido pretendido por la parte Demandada.
123. Como ya se ha demostrado mas arriba, para el derecho internacional, la existencia de una controversia no requiere que una de las partes haya alegado la violación de una norma del derecho internacional imputable a la otra parte. Sin embargo, la Parte Demandada retoma su argumentación utilizada para negar el alcance del artículo VII del TBI respecto a controversias sobre interpretación —inexistencia de un caso concreto— para sostener ahora que la exigencia de una oposición positiva depende inexorablemente de la existencia de un caso concreto.

Oposición positiva

124. Para Estados Unidos, el concepto de “controversia” no abarca las reclamaciones de Ecuador. Cita a su experto, el Profesor Tomuschat, para sostener que el término “diferencia” ha cobrado un significado específico en la práctica internacional, lo cual exige que las partes de un tratado se encuentren en oposición positiva entre sí en cuanto a un caso concreto que implique un reclamo de incumplimiento del tratado⁷⁹.
125. En resumen, Estados Unidos reiteró su argumentación sobre la necesidad de la existencia de la alegación de una violación para poder aplicar el artículo VII del TBI, como, asimismo, para definir los requisitos de la existencia de una “controversia”. Para Estados Unidos, en razón de que no se opone positivamente a ninguna alegación de incumplimiento del tratado, no existe “diferencia” entre las partes⁸⁰.
126. Para Ecuador existe una controversia sobre interpretación de una cláusula del TBI en razón de que Estados Unidos se encuentra en oposición positiva sobre el contenido de esa interpretación. Esta oposición positiva se manifestó tanto en forma expresa, a través de las posiciones asumidas por

⁷⁶ Caso relativo a la Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Rusia), Fallo del 1 de abril de 2011, CIJ. Informes, 2011, párr. 30, pág. 16.

⁷⁷ Cuestiones relativas a la obligación de enjuiciar o extraditar (Bélgica c. Senegal), Fallo del 20 de Julio de 2012, CIJ. Informes 2012, párrs. 45-46.

⁷⁸ *Concesiones Palestinas Mavrommatis*, Fallo No. 2 (1924), CPJI Serie A, N° 2, pág. 11.

⁷⁹ Memorial sobre Objeciones a la Jurisdicción, pág. 19.

⁸⁰ *Ibid.*, pág. 32.

Estados Unidos durante el presente procedimiento arbitral, como así también por inferencia de las actitudes asumidas con anterioridad a la iniciación de dicho procedimiento.

a) Oposición positiva expresa

127. Ecuador alegó que Estados Unidos han manifestado una oposición positiva al reclamo de Ecuador a través del reconocimiento de que la interpretación de Ecuador es unilateral y, por lo tanto, dicha interpretación no es compartida por Estados Unidos. También alegó que Estados Unidos reconoció su oposición positiva al avalar lo expresado por su experto, en cuanto a que el laudo recaído en el caso *Chevron* era *res judicata* no sólo respecto a esa controversia sino respecto a toda relación de Ecuador con otras partes, incluyendo a Estados Unidos⁸¹.
128. En este contexto, puede también afirmarse que la posición asumida por Estados Unidos, respecto a que la interpretación de Ecuador del artículo II(7) implica el ejercicio de una facultad legislativa que este Tribunal no tiene; dicha posición desemboca inexorablemente en el reconocimiento expreso de una oposición positiva de Estados Unidos al significado del artículo II(7) pretendido por Ecuador.
129. Sobre el particular, Estados Unidos sostuvo que la jurisdicción del Tribunal debe ser establecida al momento de la presentación de la Solicitud de Arbitraje: “A fin de que este Tribunal pueda tener jurisdicción, por tanto, debe determinar que los Estados Unidos se ha puesto en oposición positiva con el Ecuador sobre el significado del artículo II(7) a partir de junio 28 del 2011, la fecha de la Solicitud de Arbitraje y de la declaración de demanda”⁸².
130. Para Ecuador, la posición asumida por Estados Unidos durante el presente procedimiento es la confirmación de la existencia de una controversia generada antes del 28 de junio de 2011, precisamente al momento en que Ecuador tomó conocimiento de la terminación de los intercambios diplomáticos que tuvieron lugar después de la nota del 8 de junio de 2010. La fecha crítica de la controversia es, según Ecuador, la fecha en la que Estados Unidos notificó su negativa a responder los reclamos de Ecuador.
131. Ecuador sostiene que de la documentación incorporada al presente procedimiento arbitral se evidencia que la parte Demandada ha, en reiteradas ocasiones, expresado su oposición a la interpretación del artículo II(7) alegada por Ecuador⁸³.
132. Sobre este tema entendemos que las alegaciones efectuadas por la Demandada durante el procedimiento no pueden dar lugar a la generación de una controversia sobre la que este Tribunal podría ejercer su jurisdicción en razón de que el surgimiento de dicha controversia sería posterior a la iniciación del procedimiento arbitral⁸⁴. Sin embargo, si se probase que el surgimiento de esa controversia es anterior a la iniciación del actual proceso, la antedicha posición asumida por Estados Unidos a lo largo del proceso sería una irrefutable evidencia que confirmaría la preexistencia de la controversia alegada por Ecuador.

⁸¹ Memorial de Contestación, párr. 66.

⁸² Transcripción (Audiencia sobre Jurisdicción), Día 1, pág. 213:15-21.

⁸³ Memorial de Contestación, págs. 34 y ss.

⁸⁴ Cuestiones relativas a la obligación de enjuiciar o extraditar (Bélgica c. Senegal), Fallo del 20 de Julio de 2012, CIJ. Informes 2012, párrs. 46, 48; Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Rusia), Fallo del 1 de abril de 2011, CIJ. Informes, 2011, párr. 30.

133. Así es que, si de las actitudes de Estados Unidos anteriores al inicio del presente proceso se pudiera inferir su oposición positiva a la interpretación alegada por Ecuador al artículo II(7); sería recién entonces factible considerar la existencia de una controversia que podría confirmarse de las posiciones asumidas por la Demandada durante el actual proceso arbitral.
134. Resulta, por lo tanto, necesario analizar las reglas básicas del derecho internacional relativas a la determinación de una oposición positiva inferida de las actitudes de un Estado a efectos de evaluar la posible existencia o inexistencia de una controversia en el presente caso.

b) Oposición positiva por inferencia

135. Para Ecuador la oposición positiva de Estados Unidos puede verificarse por inferencia de su comportamiento y actitudes al negarse a responder la solicitud de Ecuador cuando una respuesta era procedente y cuando comunicó que no existía controversia alguna⁸⁵.
136. Ecuador sostuvo que la jurisprudencia internacional permite inferir una controversia en el presente caso⁸⁶. Su argumentación se basó fundamentalmente en los precedentes establecidos por la CIJ en los casos de *Georgia c. Rusia* y *Camerún c. Nigeria*.
137. Para Ecuador, frente a las particulares situaciones por la que se gestó el presente caso, la actitud y la aquiescencia de Estados Unidos es inconsistente con el deber fundamental de aplicar el tratado de buena fe⁸⁷. Ecuador sostuvo que el principio de la buena fe en una relación convencional sirve para asegurar confianza y crear legítimas expectativas respecto al desarrollo de relaciones jurídicas entre las partes⁸⁸.
138. Ecuador, en conocimiento de que en ausencia de una obligación específica del tratado un Estado no puede justificadamente basarse en el principio de buena fe para fundamentar su reclamo⁸⁹, argumentó sobre la falta de buena fe de Estados Unidos únicamente respecto a la aplicación del Tratado⁹⁰. Ecuador concluyó que mientras Estados Unidos mantenga su posición negando dar una interpretación, no puede de buena fe intentar evitar las consecuencias de su decisión que no es otra que la generación de una controversia por inferencia⁹¹.
139. Por su parte, para Estados Unidos el silencio en sí mismo no puede demostrar que haya oposición positiva. Es únicamente cuando las acciones de una de las partes ponen de manifiesto que sus puntos de vista están en oposición positiva a los de la otra parte, que el silencio puede interpretarse objetivamente como oposición positiva⁹².
140. El argumento de Estados Unidos se reduce a que, no habiendo un reclamo por infracción alguna al Tratado, no existe obligación de responder a lo requerido por Ecuador⁹³.

⁸⁵ Memorial de Contestación, párr. 67.

⁸⁶ *Ibid.*, párrs. 75-76.

⁸⁷ *Ibid.*, párr. 92.

⁸⁸ *Ibid.*, párr. 98.

⁸⁹ Conf. Límite Terrestre y Marítimo entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria; intervención de Guinea Ecuatorial), Fallo del 11 de junio de 1998, CIJ. Informes 1998.

⁹⁰ Memorial de Contestación, párr. 99.

⁹¹ *Ibid.*, párr. 101.

⁹² Memorial sobre Objeciones a la Jurisdicción, págs. 32-33.

⁹³ *Ibid.*, pág. 34.

141. En cuanto a los precedentes invocados por Ecuador sobre la posibilidad de inferir a través de una oposición positiva la existencia de una controversia, Estados Unidos sostuvo que en todos esos casos y aun ante la ausencia de una declaración explícita de las partes refutando esa reclamación, las acciones de esas partes constituían una prueba clara de que se oponían a la imputación de una violación, generando así una controversia⁹⁴.
142. De las posiciones de ambas Partes es posible concluir que en el presente caso se solicitó la interpretación de una cláusula del tratado que sólo requiere de la existencia de una oposición de puntos de vista o intereses entre las partes. La presente controversia es una controversia concerniente a la interpretación de una norma del tratado, que de conformidad con el texto del artículo VII no requiere de la imputación por una de las partes de la violación de una norma del Tratado por la otra parte. Es evidente que Estados Unidos ha adoptado una conducta determinada que permite, en las circunstancias particulares del presente caso, inferir su postura en cuanto a la interpretación del artículo II(7) del Tratado.
143. La jurisprudencia citada confirmó que la omisión de respuesta por una parte al requerimiento de la otra, puede calificar como oposición positiva a los efectos de generar una controversia entre Estados. El silencio de una de las partes, en el contexto de las circunstancias particulares de un caso determinado, genera oposición positiva frente al reclamo expreso de la otra parte. La simple invocación por un Estado de su intención de no responder a un reclamo de la otra parte fundado en la inexistencia de una controversia, constituye evidencia suficiente de la existencia misma de esa controversia.
144. El hecho de que Ecuador no invoque la violación de una norma del Tratado no restringe la posibilidad de reclamar la interpretación de una norma de ese Tratado de conformidad con la cláusula compromisoria expresada en el artículo VII, ni tampoco inhibe el inferir de la conducta de la otra parte la existencia de una oposición positiva a su reclamo que genera una controversia sobre interpretación.
145. El requisito de la oposición positiva no necesariamente implica la articulación de intereses divergentes sino que es suficiente con que la simple oposición de un Estado al reclamo formulado por el otro Estado pueda demostrarse. En el caso del *África Sudoccidental*, la CIJ expresó:
- [...] que una mera afirmación no resulta suficiente para probar la existencia de una controversia de la misma manera que la mera negación de su existencia es insuficiente para probar su inexistencia. Asimismo, no resulta adecuado demostrar que los intereses de ambas Partes de dicho caso están en conflicto. Debe demostrarse que el reclamo de una Parte es positivamente opuesto al de la otra. Si se analiza conforme a este criterio no puede haber ninguna duda sobre la existencia de una disputa entre las Partes ante la Corte, puesto que ésta existe claramente dadas sus actitudes opuestas en relación con la ejecución de las obligaciones del Mandato por la Demandada como Mandataria⁹⁵. (Traducción libre)
146. Teniendo en cuenta los criterios precedentes, consideramos que para el derecho internacional general es factible la existencia de una controversia entre Estados derivada de las actitudes de una de las partes respecto a los reclamos efectuados por la otra sobre la interpretación de una cláusula de un tratado.

⁹⁴ *Ibid.*, págs. 34 y ss.

⁹⁵ *África Sudoccidental* (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia c. Sudáfrica), Fallo del 21 de diciembre de 1962, *CIJ. Informes 1962*, pág. 328 (énfasis agregado).

147. En resumen, la exigencia de una oposición positiva no necesariamente implica una oposición *expressis verbis*⁹⁶. La posibilidad de inferir una oposición positiva de las actitudes de un Estado requiere que el reclamo efectuado por el otro Estado sea expreso y claramente comprensible. Requiere, asimismo, que el Estado a quien se le ha formulado un reclamo haya tenido la oportunidad de conocer debidamente el contenido y los alcances del reclamo, y que la oposición positiva se funde en una determinación objetiva de las circunstancias del caso particular.
148. A nuestro entender, si todos estos condicionamientos se encontrasen probados en el presente caso avalarían la existencia de una controversia inferida de la oposición positiva de Estados Unidos a través de sus acciones y omisiones frente a los reclamos formulados por Ecuador.

c) La inferencia de una oposición positiva en el derecho internacional

149. El Derecho internacional general, aplicado por la Corte Internacional de Justicia, ha reconocido la posibilidad de inferir la existencia de una diferencia a partir de las actitudes de los Estados, incluso cuando uno de estos Estados ha alegado que no existe tal diferencia. Los casos más pertinentes tratados por ambas Partes son *Georgia c. Rusia* y *Camerún c. Nigeria*.
150. El Profesor Tomuschat, perito de la Demandada, también ha admitido la posibilidad de inferir la existencia de una diferencia a partir de las actitudes de los Estados.
151. En este sentido, el Profesor Tomuschat ha expresado que “[e]n el caso reciente de Georgia contra la Federación Rusa, la CIJ destacó que la existencia de una controversia puede ‘inferirse a partir de la falta de respuesta de un Estado a una reclamación en circunstancias en las que se exige una respuesta’”. Sin embargo, aun si para el Profesor Tomuschat no existía ninguna obligación jurídica de que el Gobierno de los Estados Unidos adoptara una postura en relación con la solicitud expresada en la carta del 8 de junio de 2010, el perito reconoce que: “Bien podría ser que en circunstancias extraordinarias una de las partes contratantes se viera obligada a responder a una pregunta que se le formule, incluso ante la imposibilidad de identificar una obligación jurídica. Sin embargo, el mero deseo de una de las partes no da lugar a dichas circunstancias extraordinarias. De cualquier modo, el gobierno al que se le hizo la solicitud tendría que haber contribuido a la situación que exige aclaración”⁹⁷.
152. Los Estados Unidos también han admitido esta proposición cuando la representación de los Estados Unidos expresó, en la Audiencia sobre Jurisdicción, que “en la mayoría de los casos esta oposición es evidenciada por declaraciones públicas del demandado. **En unos pocos raros casos de todas maneras la CIJ ha encontrado que las acciones del demandado manifiestan su oposición de manera tan clara que una declaración escrita oral no es necesaria en su oposición**”⁹⁸.
153. Corresponde ahora referirnos a los casos de la CJI mencionados por las partes en el presente caso en relación con la inferencia de una diferencia a partir de las acciones u omisiones de los Estados.
154. En el marco del caso *Georgia c. Rusia*, la Corte

⁹⁶ Caso concerniente al Límite Terrestre y Marítimo entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria), CIJ. Informes 1998, pág. 315.

⁹⁷ Memorial sobre Objeciones a la Jurisdicción, Opinión del Experto Profesor Tomuschat, págs. 8-9.

⁹⁸ Transcripción (Audiencia sobre Jurisdicción), Día 1, pág. 170:18-22 (énfasis agregado).

[...] observa, en esta etapa, que es más probable que una controversia quede evidenciada por una confrontación directa de las posiciones declaradas por ambas Partes sobre sus derechos y obligaciones respectivas en relación con la eliminación de la discriminación racial, en un intercambio entre ellas. **Sin embargo, tal como lo ha mencionado la Corte, existen circunstancias en las cuales la existencia de una controversia puede inferirse por la falta de respuesta a un reclamo** (véase párrafo 30). Además, en general, en el derecho y la práctica internacionales, es el Poder Ejecutivo del Estado el que representa al Estado en las relaciones internacionales y quien habla por él a nivel global [...]”⁹⁹.(Traducción libre)

En el párrafo 30 se establece que “[...] la existencia de una disputa se puede determinar por el incumplimiento de un Estado en responder a un reclamo en circunstancias en donde se invoca una respuesta [...]”¹⁰⁰.

155. En opinión de la Corte, la falta de un Estado “en responder” no depende de la existencia de una obligación jurídica previa, sino de las circunstancias en las que se requiere una respuesta. En ese contexto, la Corte ha inferido la existencia de una controversia a partir del simple reconocimiento de un Estado del objeto del reclamo presentado contra él, tal como lo ha formulado otro Estado, y a partir del mero rechazo de ese reclamo.
156. Es dable señalar que la Corte infirió el rechazo de los reclamos de Georgia por parte de la Federación Rusa a partir de dos declaraciones rusas oficiales: la primera fue pronunciada por el representante de la Federación Rusa en la reunión del Consejo de seguridad del 10 de agosto de 2008, y la segunda, por el Ministro de Relaciones Exteriores de Rusia en una conferencia de prensa conjunta con el Ministro de Relaciones Exteriores de Finlandia en su carácter de Presidente en funciones de la OCDE el 12 de agosto de 2008¹⁰¹.
157. En el marco de estos intercambios y durante la mencionada conferencia de prensa, no hubo ninguna declaración expresa de la Federación Rusa por la que aceptara o reconociera la existencia de una controversia. Es por ello que la CIJ ha determinado en forma objetiva la existencia de una controversia por inferencia a partir de la denegación de la misma existencia de una controversia por parte de la Federación Rusa¹⁰².
158. El caso concerniente al *Límite Terrestre y Marítimo entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria)*, (Objeciones Preliminares) es otro precedente pertinente de la CIJ en el que se determinó la existencia de una diferencia por inferencia a partir de la actitud de una de las partes¹⁰³. En este caso, Nigeria alegó como su quinta objeción preliminar que no existía una diferencia sobre la “*delimitación de los límites como tal*” (Traducción libre) en la totalidad del límite desde el punto tripartito en el Lago Chad hasta el mar, sujeto dentro del Lago Chad, a la cuestión del dominio de Darak y las islas adyacentes, y sin perjuicio del dominio sobre la Península de Bakassi¹⁰⁴.

⁹⁹ *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (en adelante, caso *Georgia c. Federación Rusa*), Fallo del 1 de abril de 2011, *ICJ Reports 2011*, párr. 37 (énfasis agregado).

¹⁰⁰ *Ibid.*, párr. 30.

¹⁰¹ *Ibid.*, párrs. 109-112.

¹⁰² *Ibid.*, párr. 113.

¹⁰³ Caso concerniente al Límite Terrestre y Marítimo entre Camerún y Nigeria (*Camerún c. Nigeria*), CIJ. Informes 1998.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pág. 313.

159. La Corte estableció que “no cabe duda de la existencia de controversias en relación con Darak e islas adyacentes, Tipsan, como así también de la Península de Bakassi”¹⁰⁵. No obstante, dada la considerable longitud del límite, la Corte concluyó que “no puede decirse que estas controversias en sí mismas conciernen una parte tan significativa de la frontera de manera tal que necesariamente constituirían una controversia sobre la totalidad de la frontera”¹⁰⁶. (Traducción libre) Luego, la Corte agregó que

Además, la Corte observa que, en relación con la totalidad de la frontera, no existe una objeción explícita de Nigeria. **Sin embargo, no es necesario establecer *expressis verbis* el desacuerdo sobre un punto de hecho o derecho, un conflicto sobre intereses u opiniones jurídicas o la oposición positiva de una parte al reclamo de la otra parte. Al determinar la existencia de una controversia, tal como en otros casos, la posición o la conducta de una parte puede establecerse por inferencia, independientemente de la opinión expresa de dicha parte.** En tal sentido, la Corte no considera persuasivo el argumento de Camerún que establece que las objeciones de Nigeria a la validez del dominio sobre Bakassi, Darak y Tipsan, necesariamente cuestionan la validez como tal de los instrumentos en los cuales se basa el curso de la toda frontera desde el punto tripartito en el Lago Chad al mar y, por ende, prueban la existencia de una controversia sobre la totalidad de la frontera¹⁰⁷. (Traducción libre)

160. La Corte confirmó en forma contundente que, la oposición positiva a un reclamo de una parte por la otra parte, no necesita ser formulada expresamente. Por lo tanto, en la determinación de la existencia de una controversia, la posición asumida por una parte puede ser establecida por inferencia, independientemente de los puntos de vista expresados por esa parte.

161. En relación con los incidentes acerca de la frontera, la Corte señaló

Aún si se consideran en conjunto con las controversias existentes sobre la frontera, los incidentes e incursiones informadas por Camerún no establecen en sí mismas la existencia de una controversia sobre la totalidad de la frontera entre Camerún y Nigeria¹⁰⁸.

Sin embargo, la Corte observa que Nigeria ha sido reservada en la manera en la cual ha presentado su propia opinión respecto de la cuestión. **A pesar de que Nigeria reconocía las preocupaciones e inquietudes de Camerún, ha reiterado la afirmación de que no existe una controversia sobre la delimitación de la frontera como tal, y no se ha expedido más allá de eso. Nigeria ha demostrado la misma cautela al responder a la pregunta de un Miembro de la Corte en los Procedimientos Orales** (véase párrafo 85 *supra*)¹⁰⁹. (Traducción libre)

162. En relación con la respuesta formulada por Nigeria a una pregunta planteada por uno de los jueces, la Corte expresó

¹⁰⁵ *Ibid.* párr. 87.

¹⁰⁶ *Ibid.*, párr. 88.

¹⁰⁷ *Ibid.*, párr. 89 (énfasis agregado).

¹⁰⁸ *Ibid.*, párr. 90.

¹⁰⁹ *Ibid.*, párr. 91 (énfasis agregado).

La Corte observa que, en dicha respuesta, Nigeria no indica si concuerda o no con Camerún sobre el curso de la frontera o su base jurídica. Por ende, claramente difiere con Camerún sobre Darak, e islas adyacentes, Tipsan y Bakassi¹¹⁰. (Traducción libre)

Nigeria sostiene que no existe una controversia sobre la delimitación de dicha frontera como tal a través de toda su extensión desde el punto tripartito en el Lago Chad hasta el mar [...] y que la solicitud de Camerún para delimitar de manera definitiva la frontera no es admisible ante la ausencia de dicha controversia. **No obstante, Nigeria no ha indicado estar de acuerdo con Camerún en el curso de dicha frontera o sobre su base legal ... y no ha informado a la Corte de la posición que tomará subsiguientemente ante los reclamos de Camerún.** Nigeria puede abstenerse de presentar argumentos que considere parte del fondo de la cuestión en esta etapa del procedimiento. Sin embargo, la Corte se encuentre en una situación en la cual no puede negar la revisión de la presentación de Camerún en base a que no existe una controversia entre ambos Estados. Debido a la posición de Nigeria, el alcance exacto de la controversia no puede determinarse actualmente. No obstante, existe una controversia entre ambas Partes por lo menos respecto de la base legal de la frontera. La Corte debe expedirse sobre tal controversia¹¹¹. (Traducción libre)

163. La Corte, al evaluar la actitud de Nigeria negando la existencia de una controversia sobre la totalidad de su frontera con Camerún, consideró que se encontraba en una situación en la que no podía declinar su jurisdicción sobre la base de que no había una controversia entre los dos Estados. El no reconocimiento por parte de un Estado de la existencia de una controversia, frente a los reclamos formulados por otro Estado, no inhibe al tribunal ejercer su jurisdicción.
164. Reconoció asimismo la Corte que corresponde a la Parte que niega la existencia de la controversia expresar sus argumentos durante la sustanciación del fondo de las cuestiones planteadas. La Corte confirmó de esta forma que para determinar si tenía jurisdicción para entender en un caso en el que una parte niega la existencia de una controversia, podía inferir de las actitudes de esa parte que *prima facie* existía la controversia a efectos de entrar en el fondo de los requerimientos planteados por la otra parte.
165. Frente a los principios utilizados por la CIJ en los precedentes citados para determinar la existencia de una controversia inferida de la actitud negadora de un Estado, corresponde concluir que estos precedentes son relevantes para evaluar los efectos jurídicos del silencio alegado por Estados Unidos y las consecuencias jurídicas de su afirmación de que no hay controversia.

d) Hechos relevantes para la determinación de una oposición positiva por inferencia

166. Es evidente que en el presente caso hay una situación fáctica que predetermina el contexto en el que la controversia sobre interpretación de una cláusula del Tratado pudo haber surgido entre las partes. Por lo tanto, es necesario referirse a los hechos alegados como generadores de una presunta controversia sobre la interpretación de la cláusula II(7) del TBI.

¹¹⁰ *Ibid.*, párr. 92.

¹¹¹ *Ibid.*, párr. 93 (énfasis agregado).

167. En primer lugar, deberá tomarse nota de que los hechos descritos por Ecuador no fueron cuestionados por Estados Unidos¹¹². Esos hechos relevantes se refieren a ciertos intercambios diplomáticos que incluyen notas oficiales dirigidas entre las Partes; una reunión entre funcionarios de ambas Partes, seguida de comunicaciones telefónicas.
168. Respecto al intercambio de notas oficiales, debemos referirnos primero a la nota que el Ministro de Relaciones Exteriores de Ecuador, Señor Patiño Aroca, le enviara a la Señora Secretaria de Estado, H. Clinton, el 8 de junio de 2010. En dicha nota Ecuador expresó:

En nombre del Gobierno de la República del Ecuador, me cumple presentar ante el Ilustrado Gobierno de los Estados Unidos de América por intermedio de vuestra excelencia, algunos asuntos muy delicados que han surgido en torno a la correcta interpretación y aplicación que debe darse a los términos del Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América, concerniente a la Promoción y protección Recíproca de Inversiones, firmado el 27 de agosto de 1993, el cual entró en vigor el 11 de mayo de 1997 [...]. Estos asuntos cuestionan la intención común de las Partes con respecto a sus obligaciones mutuas en relación a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte. También amenazan con socavar la Buena administración de los procedimientos de solución de controversias entre los inversionistas de un Estado y otro Estado¹¹³.

169. Después de describir su preocupación por el Laudo Arbitral recaído en el caso *Chevron c. Ecuador*, "... el Gobierno de la República del Ecuador solicita respetuosamente al Ilustrado Gobierno de los Estados Unidos de América que sirva confirmar, mediante una nota de respuesta su acuerdo..." con la interpretación que el Gobierno de Ecuador ha previamente descrito. Según Ecuador, la controversia tiene por antecedente la errónea interpretación y aplicación que el Laudo parcial recaído en el caso *Chevron*¹¹⁴ le asigna al artículo II(7) del Tratado¹¹⁵.
170. Ecuador concluye su nota informando que:

Si dicha nota de confirmación no es presentada, o, en su defecto, el Ilustrado Gobierno de los Estados Unidos de América no coincide con el Gobierno de la República del Ecuador en la interpretación del Artículo II (7) del Tratado, se entenderá que existe una diferencia no resuelta entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de los Estados Unidos de América relativa a la interpretación del Tratado¹¹⁶.

171. La nota de Ecuador dio lugar a una reunión en el Departamento de Estado que se llevó a cabo el 17 de junio de 2010 entre el Embajador de Ecuador en Estados Unidos, Señor Gallegos, y el Asesor Jurídico del Departamento de Estado, Señor Koh.¹¹⁷ La reunión evidenció una predisposición

¹¹² Transcripción (Audiencia sobre Jurisdicción), Día 1, pág. 126:2-13.

¹¹³ Nota 13528 GM/2010 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Ecuador dirigida a la Secretaría de Estado de los Estados Unidos de América de fecha junio 8, 2010.

¹¹⁴ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. República del Ecuador*, CPA caso No. 2007-2, Laudo Parcial del 30 de marzo de 2010.

¹¹⁵ Nota 13528 GM/2010 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Ecuador dirigida a la Secretaría de Estado de los Estados Unidos de América de fecha junio 8, 2010, págs. 4 y ss.

¹¹⁶ Nota 13528 GM/2010 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Ecuador dirigida a la Secretaría de Estado de los Estados Unidos de América de fecha junio 8, 2010 /2010, pág. 4.

¹¹⁷ Memorial de Contestación, párr. 15.

positiva y una mutua intención de continuar en contacto en relación a los temas planteados en la nota del 8 de junio de 2010¹¹⁸.

172. La respuesta formal por parte de Estados Unidos a la antedicha nota de Ecuador fue firmada por el Secretario Asistente del Bureau of Western Hemisphere Affairs el 23 de agosto de 2010.

173. La nota del Secretario Asistente expresó:

Agradezco su carta del 8 de junio remitida a la Secretaria Clinton sobre la interpretación del Artículo II (7) del Tratado entre Estados Unidos de América y la República del Ecuador sobre la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. La Secretaria Clinton me ha solicitado que responda en su nombre.

El Departamento de Estado desea transmitirle al Gobierno de Ecuador que el Gobierno de EE.UU. se encuentra actualmente analizando las opiniones expresadas en vuestra carta y considerando las preocupaciones que han surgido. Esperamos continuar en contacto respecto de este asunto y otros de importancia que afectan a nuestras naciones¹¹⁹. (Traducción libre)

174. Esta nota reconoce el contenido y los alcances del requerimiento formulado por Ecuador en su nota del 8 de junio de 2010. Estados Unidos notificó por esa nota que estaba debidamente considerando las preocupaciones planteadas por Ecuador.

175. La nota del Secretario Asistente no manifiesta ningún tipo de malestar o animosidad negativa respecto a la propuesta formulada por Ecuador. Aun más, la nota expresó el interés del Departamento de Estado de permanecer en contacto respecto a los asuntos planteados al igual que respecto a otros asuntos importantes de interés común entre ambos Estados.

176. A partir de esa fecha Ecuador alegó que a través de reiterados llamados telefónicos intentó contactar al Asesor Jurídico Señor Koh. Finalmente, el Señor Koh y el Señor Gallegos tuvieron una conversación telefónica el 8 de octubre de 2010. Durante esa conversación, según Ecuador, el Señor Koh le informó que Estados Unidos no respondería al requerimiento formulado por Ecuador en su nota del 8 de junio,¹²⁰ mientras que, según Estados Unidos, le era difícil considerar el pedido de interpretación de un tratado mientras Ecuador estaba en proceso de dar por terminado dicho acuerdo¹²¹.

177. Ecuador sostuvo que la controversia surgió a partir del rechazo de Estados Unidos a mantener discusiones sobre los requerimientos que oportunamente le formulara Ecuador y sobre los que una respuesta era apropiada. Sostuvo Ecuador que sus esfuerzos por arribar a una solución a través de consultas u otros canales diplomáticos probaron no ser exitosas y, por lo tanto, la cuestión planteada continuaba sin solución. Sostuvo que “[I]a presente Solicitud de Arbitraje pretende solucionar la controversia para beneficio de ambas Partes por medio de que una autoridad determine cual es la interpretación y aplicación correctas del párrafo 7 del Artículo II del Tratado que concuerde con lo que la República del Ecuador considera que fueron la intenciones de las Partes en la época en que se celebró el Tratado”¹²².

¹¹⁸ Declaración Testimonial del Señor Embajador Luis Benigno Gallegos de fecha 23 de mayo de 2012, Anexo al Memorial de Contestación.

¹¹⁹ Nota Secretario Asistente del Bureau of Western Hemisphere Affairs, de fecha 23 de agosto de 2010.

¹²⁰ Declaración Testimonial del Señor Embajador Luis Benigno Gallegos de fecha 23 de mayo de 2012, Anexo al Memorial de Contestación.

¹²¹ Contestación del Demandado, pág. 7.

¹²² Solicitud de la República del Ecuador, pág. 7.

178. Durante la Audiencia sobre Jurisdicción, los abogados de la Demandada expresaron que Estados Unidos había decidido no responder al requerimiento formulado por Ecuador. En este sentido sostuvieron: “Al parecer, Estados Unidos sí respondió a Ecuador diciendo que permanecería en silencio bajo la interpretación de Ecuador”¹²³.
179. De esta forma, quedó confirmada la posición asumida por Ecuador en cuanto al contenido de la comunicación telefónica entre el Embajador de Ecuador y el Asesor Jurídico del Departamento de Estado de Estados Unidos.
180. Para Estados Unidos, Ecuador ha inventado una controversia a través de un ultimátum sobre la base de la fórmula “estar de acuerdo o hay controversia”. Desde una estricta perspectiva objetiva, Estados Unidos, a efectos de justificar la antedicha alegación, debe probar la mala fe de Ecuador frente a sus propias actitudes al no responder a Ecuador y al negar la existencia de la controversia.
181. Estados Unidos intentó justificar su alegado silencio en una serie de hechos y situaciones provocadas por Ecuador. En este contexto, Estados Unidos destacó el hecho de que Ecuador amenazó con denunciar el Tratado que pretende interpretar a más de haber denunciado el Convenio de Washington (Convenio CIADI). A su vez, sostuvo que la Corte Constitucional Ecuatoriana declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones de los TBI entre inversores y un Estado Parte que ahora pretende Ecuador hacer valer como fundamento exclusivo para determinar la competencia de este Tribunal¹²⁴. Asimismo, Estados Unidos tomó nota de que el 7 de julio de 2011 Ecuador presentó una reclamación ante la Corte del Distrito de La Haya para revocar los laudos recaídos en el caso *Chevron* cuando con anterioridad había presentado su solicitud de Arbitraje con fecha 28 de junio de 2011.
182. Ecuador sostuvo que la falta de respuesta de Estados Unidos no puede fundamentarse ni justificarse en las actitudes de éste respecto a las denuncias de otros TBI u otras medidas internas contrarias a la jurisdicción de tribunales arbitrales pues esas medidas no tienen capacidad para modificar las obligaciones internacionales de Ecuador¹²⁵.
183. Para Ecuador es relevante tener en cuenta que el Tratado que se pretende interpretar estaba y está en vigor, y que de acuerdo al artículo XII, aun si se denunciara, su vigencia continúa protegiendo los inversores que realizaron sus inversiones con anterioridad a la fecha de la denuncia por otros diez años¹²⁶.
184. Sobre estos hechos consideramos que la nota de Ecuador del 8 de junio de 2010 no fue originalmente percibida por Estados Unidos como un ultimátum sino como una invitación para efectivizar futuros intercambios diplomáticos. Por otra parte, la decisión de Ecuador de iniciar un procedimiento arbitral no puede considerarse un acto inamistoso. Ecuador alegó que la solicitud de arbitraje se fundaba en la imposibilidad de continuar negociaciones frente a la respuesta recibida a sus cuestionamientos.
185. Sobre el particular, cuesta entender en que medida la decisión de activar un mecanismo de solución de controversias previamente acordado por las partes pueda comprometer la buena fe del Estado que recurre a ese mecanismo frente a la presunta inexistencia de una actitud negociadora de la otra parte.

¹²³ Transcripción (Audiencia sobre Jurisdicción), Día 1, pág. 186:4-6.

¹²⁴ Memorial sobre Objeciones a la Jurisdicción, pág. 15.

¹²⁵ Memorial de Contestación, párr. 100.

¹²⁶ *Ibid.*

186. En este sentido, debe recordarse que el artículo VII del TBI no exige la utilización previa de canales diplomáticos o consultas para recurrir al arbitraje. Aun más, como ya fuera expresado, tampoco las negociaciones previstas por el artículo V son un requisito previo para activar el mecanismo arbitral contemplado por el artículo VII del TBI. Por lo tanto, los hechos no controvertidos del presente caso insinúan que los esfuerzos diplomáticos, en alguna medida precarios, se frustraron a partir de la notificación de la decisión de Estados Unidos de no responder, seguida de la falta de insistencia de Ecuador por reiniciar el diálogo.
187. De todas maneras, la habilitación del procedimiento arbitral es independiente del inicio de negociaciones o de la continuación de negociaciones o acercamientos diplomáticos ya iniciados. Por lo tanto, la fecha crítica de la controversia, de constatarse una oposición positiva al requerimiento de Ecuador por parte de Estados Unidos, sería el momento en que Estados Unidos decidió informar a Ecuador su intención de no responder y que, en razón de esa falta de respuesta, su silencio confirmaba la inexistencia de una controversia sobre la interpretación del artículo II(7) del TBI.
188. En resumen, la secuencia de hechos relevantes en las relaciones mantenidas entre ambas Partes evidencian un camino cerrado a futuras relaciones diplomáticas sobre el requerimiento formulado por Ecuador por nota del 8 de junio de 2010 y objeto de conversaciones en la reunión entre funcionarios de las Partes del 17 de junio de 2010.
189. Ecuador finalmente presentó su Solicitud de Arbitraje el 28 de junio de 2011 invocando el artículo VII del TBI.
190. La relevancia o no de las negociaciones previas a la iniciación de un proceso arbitral en el contexto de las circunstancias fácticas del presente caso puede constatarse a través de los principios aplicados en precedentes internacionales.
191. En este sentido, es ilustrativo tomar en consideración que en el caso *Mavrommatis*, aun considerando que el artículo 26 del Mandato de Palestina¹²⁷ condicionaba el recurso a la Corte Permanente en aquellos casos en los que una controversia no pudiera solucionarse por negociaciones —requerimiento no exigido por el TBI entre Ecuador y Estados Unidos—, la CPJI afirmó:

No siempre las negociaciones presuponen por necesidad una lista más o menos extensa de notas y diligencias; puede ser suficiente que se inicie un debate, y que dicho debate sea muy breve; ese sería el caso si ante un bloqueo, o si, finalmente, se alcanzara un punto en el cual una de las partes se declarase definitivamente incapaz de ceder, o se negara a hacerlo y, por ende, no cabría duda de que la controversia no puede resolverse a través de negociaciones diplomáticas.¹²⁸ (Traducción libre)

192. La Corte continuó expresando:

¹²⁷ El Artículo 26 dispone que: “El Mandatory conviene en que, en el caso de que surgiese una controversia entre el Mandatory y otro Miembro de la Sociedad de Naciones en relación con la interpretación o aplicación de las disposiciones del Mandato, si no pudiese resolverse a través de una negociación, deberá someterse a la Corte Permanente de Justicia Internacional tal como lo dispone el Artículo 14 del Pacto de la Sociedad de Naciones”.

¹²⁸ *Las Concesiones Palestinas Mavrommatis, CPJI, Serie A, N° 2, p. 13.*

[...] el 26 de enero de 1924, la Legación Griega en Londres se remitió a la Oficina de Asuntos Internacionales para verificar si, según la opinión del Gobierno Británico, “los reclamos de M. Mavrommatis no podrían remediarse de manera satisfactoria” o ser sometidos a arbitraje ...; y la carta de la Secretaría de Estado para Asuntos Internacionales de Su Majestad de Gran Bretaña, con fecha del 1 de abril de 1924, **fue considerada por parte de Grecia como una respuesta definitivamente negativa**¹²⁹. (Traducción libre)

193. La Corte concluyó sobre este punto que:

El asunto alcanzó esta etapa cuando el Gobierno Griego, **al considerar que no había esperanzas de alcanzar una resolución mediante subsiguientes negociaciones** [...], envió a la Oficina de Asuntos Internacionales una carta con fecha del 12 de mayo de 1924 para informar al gobierno de Su Majestad el Rey de Gran Bretaña de su decisión de referir la controversia a la Corte [...], una decisión que [...] procedió a ejecutar al día siguiente [...]¹³⁰.(Traducción libre)

194. Si bien el caso *Mavrommatis* es un caso relativo a la protección diplomática y relacionado a la presunta violación del Mandato de Palestina, es un precedente válido para definir el papel de los intercambios diplomáticos con relación a la generación de una controversia inferida de la oposición positiva de un Estado dentro de las circunstancias particulares del presente caso. Asimismo es un precedente relevante que evidencia que es el Estado reclamante al que le corresponde determinar si aun existen posibilidades de seguir negociando o si la actitud del otro Estado implica una negativa tal que frustra cualquier intento negociador.

195. En conocimiento de que el lenguaje del artículo VII no requiere de negociaciones previas, la relevancia de los intercambios diplomáticos entre Ecuador y Estados Unidos presupone de todas maneras, un marco de referencia claro para evaluar el contexto dentro del cual es posible detectar las circunstancias en las que se pueda objetivamente inferir una oposición positiva de una de las Partes al reclamo de la otra Parte.

e) La oposición positiva de la Demandada a la interpretación del Artículo II(7) de Ecuador. El silencio en el Derecho Internacional

196. El principal desacuerdo entre las Partes está relacionado a si el silencio de la Demandada y su negación a responder conlleva, en las circunstancias particulares del caso, a inferir que Estados Unidos se opone a la interpretación por parte de Ecuador del Artículo II(7) del TBI.

197. No puede interpretarse que el silencio de un Estado en sí mismo posea un significado salvo que se encuentre relacionado con una situación jurídica o fáctica: en particular, el acto o reclamo de otro Estado. La CIJ ha determinado que el silencio también habla, pero solo si la conducta del otro Estado requiere una respuesta¹³¹.

198. En dicho contexto, cabe mencionar que el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional sobre los Actos Unilaterales de los Estados ha afirmado que el silencio, como conducta de un Estado

¹²⁹ *Ibid.*, pág. 14 (emphasis added).

¹³⁰ *Ibid.*, pág. 15 (emphasis added).

¹³¹ *Soberanía respecto de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks y South Ledge* (Malasia/Singapur), Fallo del 23 de mayo de 2008, *Informes de la CIJ de 2008*, párr. 121.

con consecuencias jurídicas, es reactivo. Adquiere valor jurídico cuando un Estado enfrenta una situación, normalmente un acto llevado a cabo o un reclamo presentado por otro Estado, que requiere de su reacción¹³².

199. Los tribunales internacionales han logrado considerar criterios objetivos para evaluar el silencio de Estado como una cuestión independiente a la intención real de un Estado que no se ha pronunciado. Las motivaciones políticas detrás de un silencio de Estado han sido rechazadas por la CIJ¹³³. Las referencias a criterios objetivos garantizan certeza y credibilidad legal.
200. En numerosas ocasiones, la CIJ ha determinado los efectos jurídicos del silencio de Estado, interpretando ampliamente el contexto en el cual una reacción fue esperada o “necesaria”¹³⁴.
201. Las circunstancias en virtud de las cuales el silencio debe interpretarse son una cuestión de substancia y no de forma¹³⁵. La intención detrás del silencio de Estado que se niega a responder es irrelevante en virtud del derecho internacional¹³⁶.
202. Es aún más destacable la posición de Estados Unidos tal como ha sido expresada por su Abogado durante la Audiencia sobre Jurisdicción: “Para ser claros, Estados Unidos sí respondió a Ecuador expresando que permanecería en silencio respecto de la interpretación de Ecuador”¹³⁷.
203. Esto significa que existe una respuesta de Estados Unidos: mantenerse en silencio. No obstante, los efectos legales del silencio no dependen de la intención o voluntad del Estado que no se pronuncia. Los efectos del silencio dependen de la determinación objetiva de las circunstancias en las cuales se ha manifestado el silencio¹³⁸.
204. Estados Unidos no se ha referido a ningún precedente para apoyar su posición en relación con los efectos jurídicos del silencio. Ni siquiera pudo demostrar sus propios efectos pretendidos derivados del silencio. Los precedentes internacionales han confirmado que la intención del Estado detrás de su silencio es irrelevante para determinar los efectos jurídicos de su conducta. Sin embargo, además, en el caso que nos ocupa existe una manifestación clara de la Demandada por “permanecer en silencio”.
205. Es este caso, la oposición positiva podría inferirse de las actitudes de Estados Unidos. El derecho internacional, según la aplicación de la CIJ, ha asegurado la posibilidad de inferir la existencia de una controversia a partir de diferentes actitudes asumidas por los Estados; aún a partir de las circunstancias en las cuales, la negación por parte de un Estado de la existencia de una controversia implicaría la mismísima existencia de dicha controversia.

¹³² Conf. S. Kopela, “*The legal value of silence in the jurisprudence of the International Court*”, pág. 91 (cita (2001) *I Yearbook of the ILC*, 197 [27] [reunión del 26 de julio de 2001]).

¹³³ *Minquiers and Ecrehos* (Francia/Reino Unido), Decisión del 17 de noviembre de 1953, *Informes de la CIJ de 1953*.

¹³⁴ Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (*Georgia c. Federación Rusa*), Fallo del 1 de abril de 2011, *Informes de la CIJ, 2011*.

¹³⁵ *Ibid.*, párr. 30, pág. 16.

¹³⁶ Conf. sobre la Frontera Terrestre y Marítima entre el Camerún y Nigeria (*Camerún c. Nigeria; Intervención de la Guinea Ecuatorial*), Fallo del 11 de junio de 1998, *Informes de la CIJ de 1998*.

¹³⁷ Transcripción (Audiencia sobre Jurisdicción), Día 1, pág. 186:4-6.

¹³⁸ Interpretación de Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania, Opinión consultiva del 30 de marzo de 1950, *Informes de la CIJ de 1950*.

206. Estados Unidos sostuvo que la única manera de evidenciar la oposición positiva es al oponerse al reclamo del otro Estado a través de acciones o expresiones del Estado¹³⁹. Este argumento de Estados Unidos se contradice con la reiterada afirmación de la CIJ de inferir una oposición positiva de las propias acciones u omisiones de un Estado. Tal como lo establece la CIJ, la oposición positiva no se reduce a una oposición expresa¹⁴⁰.
207. El silencio es una clara manifestación de la voluntad y la intención de Estados Unidos de no revelar su propia interpretación. El silencio no podría beneficiar al Estado que deliberadamente decide no responder a una solicitud o a reclamos de otro Estado Parte del Tratado. Estados Unidos no ha negado que posee su propia interpretación y también ha confirmado durante la Primera Audiencia que la interpretación de un tratado por parte del Gobierno de Estados Unidos podría variar de una administración a otra¹⁴¹.
208. El alegato de Estados Unidos de que el caso concierne una “controversia” creada por una parte que da un ultimátum a la otra, “o concuerda con nuestra interpretación o existirá una controversia”, no está fundado en los hechos. La carta de Estados Unidos del 23 de agosto de 2010, la cual responde al supuesto ultimátum de Ecuador, reconoce la iniciación de un proceso de consulta informal. Dicho proceso fue subsiguientemente bloqueado por la actitud de Estados Unidos de negarse a responder y, aún más, al asumir que no existía una controversia.
209. La notificación de Estados Unidos cursada a Ecuador sobre su intención de no responder constituyó, dentro de las circunstancias fácticas de la interacción diplomática informal entre las partes, un acto unilateral relevante del cual puede inferirse directamente una oposición positiva *vis-á-vis* el Estado requirente.
210. En virtud de dichas circunstancias, la necesidad de una respuesta estaba directamente relacionada con la necesidad de promover garantías de una certeza jurídica razonable otorgada a la interpretación de tratados, como así también a la transparencia y a la buena fe en su interpretación y aplicación.
211. No existen múltiples alternativas para interpretar la determinación de Estados Unidos de permanecer en silencio. Durante la Audiencia sobre Jurisdicción, la defensa de Estados Unidos confirmó que solo existen dos alternativas: estar de acuerdo o no.
212. La defensa de Estados Unidos ha sostenido que “[e]l silencio puede expresar acuerdo o desacuerdo con la interpretación propuesta. Los Estados pueden considerarlo innecesario responder a una declaración interpretativa porque comparten el punto de vista expresado o porque piensan que la interpretación es errónea, pero que no tiene sentido decirlo ya que en cualquier evento la interpretación en su punto de vista tendría vigencia en caso de que hubiera una disputa. Resulta imposible determinar cuál de las dos hipótesis es correcta.”¹⁴².
213. Estados Unidos asumió, a partir de su decisión de no responder, que no existía una controversia. La decisión de Estados Unidos de no responder produjo efectos jurídicos independientemente de su propia voluntad o intención. Si no existe una controversia, hay acuerdo, no hay una tercera alternativa. No existen precedentes jurídicos de situaciones de limbo generadas por el silencio

¹³⁹ Transcripción (Audiencia sobre Jurisdicción), Día 1, pág. 179:13-14.

¹⁴⁰ Caso concerniente a la Frontera Terrestre y Marítima entre Camerún y Nigeria [*Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*], *Informes de la CIJ de 1998*, párr. 89.

¹⁴¹ Transcripción (Primera Audiencia), Abogado Koh, págs. 100:23-101:6.

¹⁴² Transcripción (Audiencia sobre Jurisdicción), Día 1, pág. 193:1-9 (énfasis agregado).

deliberado de una parte de un tratado cuando se la confronta con un reclamo realizado por la otra Parte.

214. Entendemos, entonces, que Estados Unidos ha confirmado que hay sólo dos alternativas posibles para dar respuesta a la solicitud de Ecuador: estar de acuerdo o estar en desacuerdo. La facultad discrecional de un Estado para permanecer en silencio no altera la cantidad de opciones de las cuales sería posible inferir un acuerdo o desacuerdo. En virtud de dichas circunstancias, la intención del Estado de permanecer en silencio es meramente una manifestación de su interés, por cualquier razón que sea, de no revelar su posición.
215. A partir de la actitud de Estados Unidos de negar la existencia de una disputa, es ilógico inferir que concuerda con Ecuador. En consecuencia, la única alternativa posible de acuerdo con las presentes circunstancias fácticas es inferir la oposición positiva de Estados Unidos a la solicitud de Ecuador.
216. La constatación de la oposición positiva de Estados Unidos inferida de sus actitudes dentro de las circunstancias del presente caso, quedó a su vez confirmada a través de las posiciones asumidas por Estados Unidos durante el presente procedimiento arbitral al manifestar en reiteradas ocasiones su cuestionamiento implícito al reclamo de Ecuador.

e) Conclusión y consecuencias sobre la existencia de una controversia

217. Por todo lo antes expresado y en consideración a que los precedentes judiciales citados por las Partes entienden que este es un asunto de substancia y no de forma, concluimos que; existe una controversia entre Ecuador y Estados Unidos sobre la interpretación del artículo II(7) del TBI en razón de que se evidenció una oposición positiva de Estados Unidos al reclamo de Ecuador, inferida de la determinación objetiva de los hechos y circunstancias relevantes del caso.
218. Como consecuencia de la conclusión anterior y tomando en cuenta que según el artículo VII, consultas o negociaciones no son requisito previo al recurso al arbitraje, un Estado Parte tiene derecho a activar la cláusula compromisoria del artículo VII por la cual los dos Estados acordaron en un sistema vinculante de arbitraje Estado-Estado para la resolución de sus controversias respecto de la interpretación o aplicación del Tratado. Por ende, en un arbitraje Estado-Estado conforme al artículo VII, las Partes del Tratado ya se han comprometido a resolver sus controversias (cualquier controversia) respecto de la interpretación o aplicación del Tratado.
219. La afirmación de Estados Unidos de que “[...] la práctica de los Estados Unidos en relación con los Tratados reconoce que las formas en las que las partes pueden aclarar su significado es por la negociación y el acuerdo ... [d]e esta forma, para la gestión e interpretación de tratados debe realizarse a través de la discreción e interés mutuo de los Estados que son parte de los tratados”¹⁴³; puede considerarse una presunción válida que depende del acuerdo de las Partes. No obstante, dicha presunción no podría derogar una cláusula compromisoria a la cual se ha prestado previamente consentimiento para la resolución de cualquier controversia relacionada con la interpretación de un tratado, como es el caso del artículo VII del TBI.
220. La conclusión precedente concuerda con el mensaje emitido por el Presidente de Estados Unidos al Congreso en relación con la ratificación del TBI entre Ecuador y Estados Unidos al expresar que: “El Artículo VII establece un arbitraje vinculante para la resolución de controversias entre Estados

¹⁴³ *Ibid.*, pág. 196:1-11.

Unidos y Ecuador que no sean resueltas a través de consultas u otras vías diplomáticas. **El artículo constituye el consentimiento previo de cada Parte al arbitraje**¹⁴⁴.

221. El alegato de Estados Unidos de que en virtud del artículo VII del TBI una de las partes no puede ser forzada a realizar una acción a la cual no había accedido a realizar mediante el TBI¹⁴⁵ contradice la expresa redacción de dicha cláusula del tratado. El Artículo VII habla por sí mismo.
222. A nuestro entender, los precedentes jurídicos discutidos por las Partes avalan *prima facie*, en el contexto de las circunstancias fácticas del presente caso, la existencia de una controversia sobre la que este Tribunal debe ejercer jurisdicción de conformidad al artículo VII del TBI.

IV. Conclusiones sobre la Decisión de la Mayoría

223. Por todas las razones antes expresadas, disiento con los argumentos de la mayoría y, por lo tanto, con la conclusión a que se arriba.
224. En primer lugar, considero que la envergadura del caso y los esfuerzos de las Partes en la preparación y presentación de sus respectivas posiciones amerita un análisis jurídico adecuado de todos los temas argumentados que excluya la simple especulación utilizada por la mayoría sobre la presunta intención de una de las Partes.
225. En este sentido, disiento sobre el hecho de que la mayoría no analiza en profundidad el contenido de la cláusula compromisoria del artículo VII del TBI ni las posiciones de las partes sobre sus alcances. La mayoría simplemente asume que debe haber un caso concreto para que exista una controversia entre Estados en tanto y en cuanto el reclamo sobre el fondo tenga alguna implicancia o consecuencia entre las Partes.
226. Disiento con el fundamento de la mayoría sobre la antedicha afirmación en razón de que esta se reduce a una interpretación errada de lo expresado por la CIJ en un párrafo de su sentencia en el caso concerniente al *Camerún Septentrional* y en la opinión separada del Juez Fitzmaurice.
227. La mayoría en el presente Laudo omite el hecho de que la Corte en el caso del *Camerún Septentrional* admitió la existencia de una controversia y que en razón de que el tratado invocado dejó de estar vigente, la Corte resolvió que emitir una sentencia carecía de consecuencias y efectos jurídicos. En el caso del *Camerún Septentrional*, la existencia de consecuencias prácticas de una sentencia no estaba relacionada, a criterio de la Corte, con la existencia de una controversia sino con la vigencia de la norma jurídica objeto de la controversia. Cabe recordar que la opinión separada del Juez Fitzmaurice expresó su disidencia con la mayoría de la Corte respecto a la existencia de la controversia entre Camerún y el Reino Unido, y respecto a la facultad que la Corte se asigna para emitir una sentencia declarativa.
228. Disiento en cuanto a que la existencia de un caso concreto en el sentido que le otorga la mayoría sea para el derecho internacional un requisito que condiciona la existencia de una controversia sobre interpretación de un tratado. Los precedentes de los tribunales internacionales analizados mas arriba, no avalan la posición de la mayoría.

¹⁴⁴ Conforme Memorandum del Presidente de los Estados Unidos de América dirigido al Congreso de los Estados Unidos con relación al TBI entre Ecuador y Estados Unidos. (énfasis agregado).

¹⁴⁵ Memorial sobre Objeciones a la Jurisdicción, pág. 62 y ss.

229. En cuanto a las consecuencias prácticas del Laudo, la mayoría sostiene erróneamente que la cuestión interpretativa fundamental presentada ante el Tribunal se focaliza en las obligaciones de Ecuador respecto a los inversores como Chevron, y no en obligaciones que están relacionadas con Estados Unidos¹⁴⁶. Sobre la base de este presupuesto la mayoría concluye erróneamente que una decisión del Tribunal sólo tendría consecuencias para Ecuador y no para Estados Unidos puesto que la mayoría presume, sin otro fundamento, que Estados Unidos no alegaría una interpretación distinta a la que decida un tribunal bajo el artículo VI del Tratado.
230. Respecto a los casos citados por Ecuador para probar que no se requiere la invocación de una violación de una norma del derecho internacional para que un tribunal ejerza jurisdicción, la mayoría entiende que en todos esos casos existían consecuencias prácticas para ambas Partes en la resolución de una controversia sobre interpretación. Para la mayoría esas consecuencias prácticas no existirían en el presente caso¹⁴⁷. La mayoría especula que esas consecuencias podrían solamente surgir, para una de las Partes, en el contexto de un reclamo directo de violación o de un reclamo de protección diplomática por parte de Estados Unidos a favor de uno de sus inversores contra Ecuador¹⁴⁸. La mayoría agrega más confusión al expresar que “el Tribunal no arriba a conclusión alguna sobre este punto, pero no está convencido de excluir esta posibilidad de plano”,¹⁴⁹ para luego expresar que es imposible excluir la posibilidad de que Estados Unidos, cuando sea abordado por un inversor agraviado, pueda consentir con la interpretación propuesta por Ecuador¹⁵⁰.
231. Disiento con esta conclusión de la mayoría sobre la base de que a mi entender, las consecuencias jurídicas de un laudo no dependen de las futuras acciones u omisiones de una de las Partes, mucho menos de inferencias especulativas que presuponga el Tribunal sobre esas posibles futuras actitudes de una Parte.
232. Disiento asimismo sobre la conclusión a que arriba la mayoría sobre el tema de la existencia de consecuencias prácticas en el presente caso, en razón de que: al sostener que no puede concluir que un caso apropiado para ser adjudicado haya sido presentado por la Demandante, la mayoría se basó en su propia conclusión sobre la inexistencia de una controversia sobre la interpretación del artículo II(7), a la que expresamente admite que solo se referirá mas adelante¹⁵¹. No sólo disiento sobre la conclusión que considero tiene un basamento especulativo no fundado en derecho sobre la posición que presuntamente asumiría una de las Partes, sino que también disiento sobre la forma elíptica y confusa en que presenta su razonamiento sobre un fundamento que aún no ha abordado.
233. En cuanto al tema relativo a la existencia de una controversia la mayoría, después de citar a la CIJ en el caso *Georgia v. Rusia* sobre la definición de controversia, decide ignorar el contenido de esa definición para argumentar sobre las consecuencias prácticas de una sentencia confundiendo el alcance preciso que la Corte le otorgara a esas consecuencias en el caso del *Camerún Septentrional*.
234. La mayoría reconoce que el asunto específico que enfrenta el Tribunal se relaciona a si “los hechos del caso” permiten inferir que la Demandada se opone a la posición de la Demandante en cuanto a la interpretación del artículo II(7)¹⁵². Sin embargo, la mayoría en vez de analizar los hechos y circunstancias particulares del caso decide sobre la base de argumentaciones y no de “los hechos del

¹⁴⁶ Laudo, párr. 198.

¹⁴⁷ Laudo, párr. 204.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ Laudo, párr. 205.

¹⁵¹ Laudo, párr. 207.

¹⁵² Laudo, párr. 215.

caso”; que no puede inferir “de ninguna de esas argumentaciones” que la Demandada se opone a la posición de la Demandante.

235. El razonamiento de la mayoría se centra en que no puede excluir otras explicaciones razonables sobre el comportamiento de la Demandada que no dependen de su desacuerdo con la interpretación de Ecuador sobre el artículo II(7). Continúa la mayoría sosteniendo que el comportamiento de la Demandada es consistente con su posición de no interferir con las decisiones de los tribunales constituidos bajo el artículo VI. Dada la existencia de tal explicación plausible sobre el silencio de Estados Unidos, concluye la mayoría que las circunstancias del caso no garantizan la inferencia de una oposición positiva.
236. Disiento con la antedicha conclusión y disiento con su fundamentación meramente focalizada en una simplista especulación subjetiva carente de todo fundamento jurídico.
237. La mayoría ignora su obligación frente al derecho internacional de establecer si existe una controversia a través de una determinación objetiva, no meramente subjetiva y dependiente de la supuesta intención de una de las partes, que la mayoría se permite presuponer. Cabe simplemente recordar que la CIJ en reiteradas oportunidades reconoció la obligación de efectuar una determinación objetiva: “*Si existe una disputa en un caso determinado es una cuestión que debe determinarse de manera objetiva por la Corte... La determinación de la Corte debe basarse en una determinación de los hechos*”¹⁵³.
238. Disiento también en razón de que es imposible entender el camino crítico que utiliza la mayoría para después de aceptar en el párrafo 215 del Laudo que la cuestión a la que se enfrenta el Tribunal se refiere a “si los hechos del caso permiten una inferencia”, para llegar a concluir en el párrafo 219 que no puede inferir oposición pues “no puede excluir otras explicaciones razonables del comportamiento de la Demandada”, que en definitiva responden a su propia intención y, por lo tanto, a su absoluta discrecionalidad.
239. Disiento con la conclusión de la mayoría que considera como una cuestión de hecho que la Demandada haya formulado una explicación alternativa razonable a su decisión de no responder¹⁵⁴, precluyendo así toda posibilidad de inferir su oposición de una determinación objetiva exigida por el derecho aplicable.
240. Mi disidencia sobre este punto se basa en que de existir esa explicación alternativa, situación que la mayoría omite constatar, se contradice con otras argumentaciones de la Demandada relativas a su decisión de no responder, como por ejemplo la aceptación por parte de Estados Unidos de no haber asumido una posición; o de sostener que la interpretación del Tratado dependía de las posiciones que asumieran las sucesivas administraciones gubernamentales de Estados Unidos¹⁵⁵.
241. Disiento con la mayoría en cuanto a que el Laudo desconoce el valor que el derecho internacional le asigna a los actos unilaterales de los Estados y en cuanto menosprecia los efectos jurídicos que el

¹⁵³ Caso relativo a la Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Rusia), Fallo del 1 de abril de 2011, CIJ. Informes 2011, párr. 30; *Opinión Consultiva sobre la Interpretación de Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumanía, (Primera Etapa)*, Opinión consultiva del 30 de marzo de 1950, CIJ. Informes 1950.

¹⁵⁴ Laudo, párr. 224.

¹⁵⁵ Transcripción (Primera Audiencia), “[...] as you know, some times those determinations [on treaty interpretation] can change from one administration to next, and that makes even more important that we not prematurely make such decisions because we are in the middle of an election season and other issues are at stake [...]”: Abogado Koh, pág. 101:1-6.

derecho internacional general reconoce al silencio de un Estado frente a determinadas situaciones generadas por reclamos de otro Estado.

242. Disiento con la mayoría sobre su afirmación de que la jurisprudencia citada por las Partes avala su conclusión en cuanto a que la inferencia de una oposición positiva se concede solamente cuando toda otra interpretación razonable de la conducta de la Demandada y de los hechos circundantes, deba excluirse.¹⁵⁶ Mi disenso se funda en que la antedicha afirmación se aparta del texto y contexto propio de los precedentes citados. No en vano tan rotunda afirmación de la mayoría no se sostiene en cita alguna de párrafos pertinentes de los precedentes referidos.
243. Finalmente, disiento con las afirmaciones exclusivamente especulativas de la mayoría sobre la eventual existencia de una controversia sobre la obligación de responder o consultar¹⁵⁷ en razón de que las Partes no entendieron que tal controversia existía, ni alegaron sobre su supuesta existencia.
244. Siendo el original en español, en caso de duda, se estará por la versión en español.

La Haya, 29 de septiembre de 2012.



Raúl Emilio Vinuesa
Árbitro

¹⁵⁶ Laudo, párr. 223.

¹⁵⁷ Laudo, párrs. 225 y ss.