EL DERECHO APLICABLE AL FONDO: UN DEBATE AUSENTE EN LAS PROPUESTAS DE REFORMA AL MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS¹

JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ

Socio Principal de Altra Legal, Asunción

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 1 Enero – Junio 2023 Págs. 137-150

Resumen: El arbitraje de inversiones internacional, históricamente desarrollado en el ámbito del Derecho internacional público, ha recibido mucha atención en las décadas recientes, pero su relación con el Derecho internacional privado ha sido mayormente desatendida. El régimen moderno de reclamos de inversiones internacionales se encuentra ante discusiones de reforma que se centran en las críticas de la práctica de arbitraje actual; sin embargo, un elemento central sigue mayormente desatendido: la cuestión del Derecho material aplicable a las inversiones extranjeras. Este artículo alude esta cuestión, siendo que la ausencia de un marco regulatorio apropiado limita la habilidad de los adjudicadores (sin importar quiénes o cómo se los designe) de producir Abstract: The mechanism of international investment arbitration, which historically developed within public international law, has received much attention in recent decades, but its relationship with private international law has been mostly neglected. The modern international investment claims regime faces reform discussions that often center around criticisms of the current arbitration practice: however, a key issue remains unaddressed: the nature of the substantive law applicable to foreign investments. This article is centered on this crucial matter, as the absence of a proper regulatory framework limits the ability of adiudicators (regardless of whoever and however appointed) to produce reliable precedents. It focuses on the critical matter of the applicable

^{1.} Lo medular de esta contribución fue presentado por su autor en Roma, el 7 de junio de 2022, en un evento en conjunto entre UNIDROIT y el «ICC Institute of World Business Law». La presentación resume el curso dictado por su autor en el programa de verano del 2021 de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, titulado «Private International Law and Investment Arbitration», que será publicado «in extenso», en inglés, en «Collected Courses of The Hague Academy of International Law – Recueil des cours».

precedentes fiables. Se enfoca en la cuestión del Derecho sustantivo aplicable, con sus particularidades, complejidades y matices. Ante la falta de una esperanza realística de negociar, y mucho menos ratificar, un instrumento universal que lidie con estos temas integralmente, el enfoque puede y debe direccionarse hacia las evoluciones actuales en áreas relacionadas a las inversiones extranjeras. Considerando los avances en las ramas de Derecho internacional privado y público y del arbitraje internacional, el autor aboga por mejorar el diálogo interdisciplinario para abordar efectivamente las complejidades del Derecho aplicable a las inversiones extranjeras.

Palabras clave: Derecho aplicable – Derecho material - Resolución de disputas - Arbitraje internacional - Inversiones internacionales.

substantive law, with its intricacies, complexities, and nuances. Given that there is no realistic hope for the negotiation, much less the ratification, of a universal instrument to deal with this matter comprehensively, the focus can and must shift to current evolution in relevant areas of law related to foreign investments. Given the impressive advancements in public and private international law and international arbitration, the author argues for better interdisciplinary dialogue to effectively address the complexities of the law applicable to foreign investments.

Keywords: Applicable Law - Substantive Law -Dispute Resolution - International Arbitration - Foreign Investment.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO APLICABLE AL FONDO EN LAS DISPUTAS SOBRE INVERSIONES EXTRANJERAS. III. LA CRIS-TALIZACIÓN DE LOS ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES. IV. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y DERECHO SUSTANTI-VO APLICABLE A LAS INVERSIONES EXTRANJERAS. V. CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

El sistema de resolución de disputas relativas a las inversiones extranjeras padece de fuertes embates en el mundo actual. El régimen comprende diversos mecanismos, entre los que prepondera el que habilita la vía arbitral para las reclamaciones que puedan hacer los inversores contra los Estados agraviantes, merced a un entramado de instrumentos internacionales -entre los que proliferan los tratados bilaterales de inversión- a través de los que los países aceptan este sistema.

Parte importante de la artillería actual se dirige contra el arbitraje, de voces según las cuales un mejor mecanismo emergería de aceptarse tribunales internacionales de carácter permanente, cuyos jueces sean nombrados por los Estados, a semejanza de lo que ocurre, por ejemplo, con la Corte Internacional de Justicia o, a nivel regional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ante lo quimérico del planteamiento, distintas voces se conformarían con que al menos estos tribunales puedan funcionar como instancia de apelación, asegurándose así -según esgrimen- la integridad del proceso y la uniformidad jurisprudencial dentro del sistema, en la actualidad es inexistente, puesto que el escenario, en ocasiones, puede ofrecer un panorama caótico ante laudos contradictorios sobre cuestiones sustantivas de capital importancia en materia de inversión foránea².

La integridad del proceso se lograría, según estas voces, al contarse con juzgadores nombrados por los Estados, y no árbitros comúnmente –al menos en un número importante de casos- nombrados por las partes, en situaciones que no pocas veces han visto aflorar conflictos de intereses, amén de que el propio mecanismo arbitral se encuentra diseñado para concentrarse en la contienda puntual y no así en que las decisiones sean necesariamente armónicas con otras anteriores, como ocurre normalmente en tribunales internacionales permanentes de conformación estatal –fundamentalmente porque se centraliza en estos la resolución de controversias sometidas a su consideración-.

Los debates sobre la integridad del proceso son ricos en matizaciones, no obstante, este espacio no se ocupará de ellos³. Sí se hará referencia a una cuestión medular, no mayormente presente en las discusiones sobre reformas al mecanismo de inversiones extranjeras, a saber: el Derecho sustantivo aplicable a estas. Las controversias se centran fundamentalmente en lo contradictorio de las decisiones en sonados laudos dictados en contraposición, atribuyendo responsabilidad al mecanismo arbitral, con el discurso de que ello no ocurriría ante tribunales internacionales que centralicen la resolución de disputas en materia de inversiones extranjeras. Con ello se desatiende, sin embargo, que los juzgadores en estas contiendas se encuentran ante un mecanismo que, inconcebiblemente, no cuenta con un marco normativo apropiado en lo que respecta al Derecho aplicable. Es decir, las críticas se centran en el mecanismo de juzgamiento, pero nada o muy poco dicen -u ofrecen como solución- con respecto al Derecho sustantivo que debe regir en estas cuestiones. ¿No puede ser, acaso, esta orfandad una causa principal -o al menos importante- de las antinomias en los laudos relativos a inversiones extranjeras?

Sin entrar en esta discusión, las páginas que siguen se ocupan del panorama actual del Derecho sustantivo aplicable a las inversiones extranjeras, en el convencimiento de que una mayor claridad al respecto puede contribuir, en gran medida, a una mejoría del régimen, independientemente a que prosperen -o no- y sin juzgar las distintas posiciones esgrimidas con respecto a la integridad y la existencia misma del mecanismo arbitral como vía válida para resoluciones de conflictos en esta área.

Un interesante reciente comentario con relación a lo mencionado en este párrafo se encuentra en: Álvarez, J. E., «ISDS Reform: The Long View», IILJ Working Paper 2021/6.

Ya hace un tiempo, James Crawford escribió un excelente artículo al respecto: Crawford, J., «Treaty and Contract in Investment Arbitration», Arbitration International, Vol. 24, No. 3, LCIA, 2008. Ver también: UNCITRAL WG III Report April 2018 (B. Consideration of the arbitral outcomes. Coherence and Consistency), pp. 5-7.

II. SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO APLICABLE AL FONDO EN LAS DISPUTAS SOBRE INVERSIONES EXTRANJERAS

Amén de la orfandad de debates importantes al respecto, no se cuenta en la actualidad con un *corpus* o instrumento internacional que regule detalladamente el problema del Derecho sustantivo aplicable a las inversiones foráneas⁴. Y no se considera realista plantear que un instrumento de estas características pueda ser negociado por los Estados y, sobre todo, ratificado luego por un número relevante de países que convierta en un cuerpo jurídico efectivo en un plazo razonable.

Sí existen hoy en día múltiples técnicas, del Derecho internacional público y privado, y en materia de arbitraje internacional, que se ocupan puntualmente de diversas cuestiones atinentes al tema, y que cabalmente aprehendidos pueden brindar un importante servicio a un mejor manejo del Derecho sustantivo aplicable a las inversiones extranjeras. Mucho está ahí, pero falta un mejor diálogo interdisciplinario. Sobre todo, resta entender que el Derecho privado, e internacional privado, proporcionan adecuadas respuestas a problemas que hoy día generan contradicción en materia de inversiones foráneas, amén de que el arbitraje, de por sí, brinda un espacio ideal para que este diálogo pueda tener implementación efectiva en contiendas sometidas a este ámbito.

Sesgadamente, en ocasiones se pierde de vista que la protección jurídica a inversionistas extranjeros se origina e incluso vincula al nacimiento del Derecho internacional público, a su vez un desprendimiento del perenne Derecho romano de antaño, merced al trabajo académico de juristas como Grocio, Vitoria, Vattel y Gentili⁵, entre otros, que a partir del siglo XVII elucubraron justificativos para que los intereses económicos del occidente de Europa sean protegidos en lo que respecta a las inversiones en las colonias de aquel entonces. Ello a partir de ciertos estándares mínimos que terminaron consolidándose con el tiempo, con su adopción en numerosos tratados «de amistad, navegación y comercio»⁶, como se denominaban en la época, y la creación de tribunales internacionales especiales o *Mixed Claims Commissions* que actua-

^{4.} Esta ausencia de un *corpus* en la materia ya lo hacían notar en los años 1950, por ejemplo, Wolff, M., «Some Observations on the Autonomy of Contracting Parties in Conflict of Laws», *Transactions of Grotius Society*, 1950, Vol. 35 p. 143. Ver también el muy citado artículo de McNair, «The General Principle of Law Recognized by Civilized Nations», *British Yearbook of International Law*, Vol. 33, 1957.

^{5.} Ver, inter alia, Neff, S.C., Justice Among Nations: A History of International Law, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2014, p. 141; Crawford, J., Brownlie's Principles of Public International Law (8th edition), Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 3-4.

^{6.} Ver en Brown, C., «Resolving international investment disputes», en Klein, N. (ed.), *Litigating International Law Disputes*, *Weighing the Balance*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 401 y ss.; Mazzoni, A., Malaguti, M. C., ponen como ejemplo de esta

ban en contiendas al respecto y fueron originando una rudimentaria casuística en consecuencia⁷.

Los tratados, sin embargo, eran escuetos con respecto a los estándares mínimos de protección, y ante el vacío, la doctrina del Derecho internacional público y los tribunales especiales, recurrían al Derecho común de la época; ese Derecho privado romano que había ido sedimentándose con los siglos y seguía siendo el hontanar del que se nutrían las distintas nóveles ramas que iban desprendiéndose de él. La doctrina y la jurisprudencia a la sazón se valían entonces recurrentemente de «principios» del Derecho romano, como la buena fe, o el enriquecimiento injusto, por citar ejemplos8. Por siglos, este Derecho privado influyó, pues, en los contornos que iba adquiriendo el Derecho internacional público, históricamente desarrollado en elucubraciones doctrinarias de gabinete y en pronunciamientos pretorianos que se valían, una y otra vez, de ese Derecho común9. ¿Qué mejor que la ratio scripta (o razón escrita) –así se consideraba al Derecho romano– para llenar los vacíos de la incipiente disciplina? Ello más aun considerando que en Roma se protegía fuertemente el derecho de propiedad, se reconocía el reclamo por recomposición de daños, y se consagraba la santidad del contrato; vale decir, estaban allí todos los ingredientes deseados por quienes abogaban por una protección jurídica apropiada a favor de los intereses económicos europeos en su expansión hacia las colonias.

Este mecanismo se puso en entredicho en las Américas hacia fines del siglo XIX, luego de los procesos independentistas en la región. Una cuestión era que los Estados europeos impusieran en sus colonias su propio Derecho, pero otra distinta que países independizados se vieran obligados a aceptar la imposición. Nace así la llamada «Doctrina Calvo», que aboga por la aplicación de los Derechos nacionales de los países receptores de la inversión foránea y su juzgamiento, no en tribunales internacionales, sino ante jueces locales¹⁰.

consolidación el de la «cláusula de la nación más favorecida»: en Giappichelli, G. (ed.), Derecho del Comercio Internacional, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 31.

Ver en Merrills, J., «The place of international litigation in international law», en Klein, N. (ed.), Litigating International Law Disputes, Weighing the Options, Cambridge: Cambridge University Press, 2014; Rousseau, C., Derecho Internacional Público (3rd edition), Barcelona: Ariel, 1966, p. 90. Sobre la casuística de estos tribunales ver, por ejemplo, Bederman, D. J., «The Glorious Past and Uncertain Future of International Claims Tribunals», en Janis, M. W. (ed.), International Courts for the Twenty-First Century, p. 167.

Ver, por ejemplo, Gutteridge, H. C., «Comparative Law and the Law of Nations», British Yearbook of International Law, Vol. 21, 1944, p. 2; Waldock, H., «General Course on Public International Law», Recueil des cours, Vol. 106, 1962, p. 55.

Ver, por ejemplo, Lauterpacht, H., Private Law Sources and Analogies of International Law, Londres: Longmans, Green and Co., 1927, p. 10.

^{10.} Sobre la Doctrina Calvo, una obra clásica es la de Shea, D. R., The Calvo Clause, A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy, University of Minnesota Press, 1955. Sobre esta doctrina y el arbitraje reciente, ver, por ejemplo, Cremades, B. M.a, «Dis-

Desde la vereda de enfrente, se considera que esta posición va de contramano con los resguardos necesarios para que la inversión extranjera aflore, puesto que los países receptores podrían así -como lo han hecho en reiteradas ocasiones- alterar, a través de cambios en sus regulaciones locales, estándares de protección y dejar así a estos emprendimientos sujetos a los vaivenes criollos y al juzgamiento ante tribunales autóctonos –en los que muchas veces primó la filosofía de «en mi patio trasero, bajo mis reglas»¹¹-.

En la medida en que el yugo colonialista fue cediendo en otras regiones, la tensión se trasladó embrionariamente a la Liga de las Naciones y luego a las Naciones Unidas¹², pero no se logró en estos ni en otros espacios que así lo intentaron –como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD)13- un consenso sobre cuál debería ser el derrotero del Derecho internacional público en estas cuestiones. A lo sumo, las Naciones

- 11. Ver en el siguiente informe de la Comisión de Derecho Internacional: UNGA, «Diplomatic Protection», Report of the International Law Commission Fifty-fourth Session (29 April to 7 June and 22 July to 16 August 2002) GAOR 57th Session Supp. No. 10 (A/57/10) Ch. V, p. 162. Ver también un interesante resumen en Shan, W., «Is Calvo Dead?» The American Journal of Comparative Law, Vol. 55, No. 1, 2007, pp. 123-163. Es célebre el siguiente caso declarando la invalidez de la Cláusula Calvo: North American Dredging Co. of Texas (United States v. United Mexican States) (March 31, 1926, reproduced in 1926) 20 AJIL 800.
- 12. En épocas de la Liga de Naciones se propuso primero el llamado «Harvard Draft» sobre «The Law of Responsibility of States for Damage Done in their Territory to the Person or Property of Foreigners» de 1929. Ver en: McLachlan, C., «Investment Treaties and General International Law», The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 57, No. 2, 2008, pp. 365-366. Luego vino la Carta de La Habana de 1948. Ver Havana Charter for an International Trade Organization (Havana Charter, ITO Charter 1948) (United Nations [UN]) UN Doc E/CONF.2/78. En 1959 fue presentado el influyente Proyecto «Abs-Shawcross». Ver Herman and Hartley Shawcross (1960), «Draft Convention on Investments Abroad», «The proposed convention to protect private foreign investment: a round table», Journal of Public Law (presently Emory Law Journal), Vol. 1, 1960. Sobre esa base, la OECD publicó un proyecto en 1962: OECD, Draft Convention on the Protection of Foreign Property, 2 International Legal Materials 241 (1962), accessible en https://www.oecd.org/ investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf (consultado el 3 de marzo de 2022). Un poco antes vino otro proyecto, el llamado «Harvard Draft», de 1961. Ver en Ho, J., State Responsibility for Breaches of Investment Contracts, Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 57.
- 13. Su proyecto de 1962 está en la nota anterior. La OECD volvió a la arremetida en 1995 con su OECD ambicioso proyecto de un «Multilateral Agreement on Investment (MAI)». Ver en OECD (1998). The Multilateral Agreement on Investment: Draft Consolidated Text. Disponible en http://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf (consultado el 3 de marzo de 2022). El proyecto fue abandonado en 1998.

putes Arising out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues», Dispute Resolution Journal, Vol. 59, No. 2, 2004, p. 80. Ver también Hershey, A., «The Calvo and Drago Doctrines» American Journal of International Law, Vol. 1, No. 1, 1907, pp. 26-45; Olmos Giupponi, O., «The Protection of Foreign Direct Investment in Latin America: Where Do We Stand on International Arbitration?», Journal of International Arbitration, Vol. 32, No. 2, 2015, p. 119.

Unidas consiguió aprobar, no un tratado¹⁴, sino un instrumento de «Derecho blando»: el documento sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, con «obligaciones secundarias» por incumplimiento, como la reparación de daños y otras sanciones del Derecho internacional público¹⁵. Vale decir, el documento trata de las consecuencias de incumplir las «obligaciones primarias» 16, pero omite referirse a estas, ante la falta absoluta de consenso a su respecto en el ejido de las Naciones Unidas.

No se cuenta, pues, hasta nuestros días, con un corpus normativo que se ocupe del Derecho sustantivo aplicable a las inversiones extranjeras, imperando -aún hoy- ese Derecho consuetudinario internacional desarrollado a través de los siglos en la academia y en los tribunales internacionales, que los embates de la Doctrina Calvo no lograron destronar. Como está visto, ese Derecho internacional público fue imbuyéndose, en su conformación, del Derecho privado y sus principios, que iban reconociéndose en el tiempo en tribunales internacionales y trabajos académicos. Es cierto que existieron tratados a través de los siglos, como los de «amistad, comercio y navegación», que incluyeron fórmulas mínimas de protección a la inversión foránea como el llamado «estándar mínimo de protección»¹⁷. Sin embargo, sus fórmulas parcas, en algunos casos, y vacíos en varios otros, requerían una complementación que los tribunales internacionales y la doctrina encontró mayormente en el Derecho privado y sus principios¹⁸.

^{14.} A lo sumo las Naciones Unidas emitieron una serie de resoluciones (626 de 1952; 1803 de 1962; 2158 de 1966; 3171 de 1973; 3201 y 3202 de 1974), referenciadas por ejemplo en: Lowenfeld, A., International Economic Law (2nd edition), Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 484 y ss.; Subedi, S., International Investment Law: Reconciling Policy and Principle, Oxford/Portland, OR: Hart, 2008, pp. 21 y ss. Dichas resoluciones son analizadas extensamente en el famoso caso Texaco Overseas Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. v. Government of Libya, Ad Hoc Award on the Merits, (January 19, 1977), 52 ILR 389 (1977).

^{15.} El documento fue aprobado por Resolución 56/83 de 2001. Yearbook of the International Law Commission 1970, Vol. II, disponible en https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1970_v2.pdf (consultado el 11 de marzo de 2022), p. 306, para 66(c).

^{16.} El documento goza de gran prestigio y reconocimiento a este respecto. Puede consultarse en Remiro Brotóns, A., Derecho Internacional, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 405. Ver también Hobér, K., «State Responsibility and Attribution», en Muchlinski, Ortino, Schreuer (eds.), The Oxford Handbook of International Investment Law, Nueva York: Oxford University Press, 2008, p. 550. Incluso fue citado por la Corte Internacional de Justicia en el caso Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), (1997), paras. 47,

^{17.} Miles, K., The Origins of International Investment Law Empire, Environment and the Safeguarding of Capital, Cambridge University Press, 2013, p. 16. Es famoso el siguiente caso a este respecto: L. Fay H. Neer And Pauline Neer (USA) v. United Mexican States, Decision (October 15, 1926).

^{18.} Bogdan, M., «General Principles of Law and the Problem of Lacunae in the Law of Nations», Nordisk Tidsskrift for International Ret 46, No. 1 (1977), pp. 39-40. Ver también las dos siguientes excelentes contribuciones: Arato, J., «The Logic of Contract in the World

III. LA CRISTALIZACIÓN DE LOS ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DE LAS INVER-**SIONES**

La celebración de tratados bilaterales y multilaterales de inversión cristalizó en ellos varios de estos estándares amplios de protección desarrollados por el Derecho consuetudinario internacional; 19 e incluso fue más allá en algunos casos, como por ejemplo agregando al estándar mínimo de protección el de «trato justo y equitativo» –si bien este tema en particular plantea controversias acerca de si en el fondo se trata de la misma fórmula o son distintas²⁰-. Sin embargo, continúa el vacío con respecto al corpus que regule concretamente estos estándares amplios en su aplicación, lo que explica en parte importante las controversias generadas en torno a los mismos, e incluso los pronunciamientos contradictorios existentes por parte de tribunales arbitrales.

Sí estos tratados, así como leyes y contratos de inversión de décadas recientes, vienen propiciando de manera creciente la utilización del arbitraje como mecanismo de solución de controversias; la amplitud que ofrece la vía arbitral viene contribuyendo, en lo que respecta al Derecho substantivo aplicable, al desarrollo de principios y precedentes casuísticos que complementan o desarrollan en detalle los estándares amplios. Sobre todo hacia mediados del siglo XX²¹, fue particularmente fecundo el aporte de tribunales arbitrales para la consolidación de principios²², como los reconocidos en reconocidos casos relativos a hidrocarburos en el Medio Oriente²³; e incluso se produjo un desarrollo importante de otras fuentes del Derecho internacional público en lo que respecta a las inversiones, como la costumbre y la opinio iuris u opinión doctrinaria de juristas notables –e incluso un sistema de facto²⁴ de preceden-

of Investment Treaties», William & Mary Law Review, vol. 58, 2016, pp. 351 y ss.; Arato, J., «The Private Law Critique of International Investment Law», American Journal of International Law, 2019, pp. 1 y ss.

^{19.} Schill, S., The Multilateralization of International Investment Law, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 11. Ver también Álvarez, J. E., «The Public International Law Regime Governing International Investment», Recueil des cours, Brill, Vol. 344, 2011.

^{20.} Ver por ejemplo Grierson-Weiler, T. J., Laird, I. A., «Standards of Treatment», en Muchlinski, Ortino, Schreuer (eds.), The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 262.

^{21.} El primer precedente moderno (Lena Goldfields) viene, sin embargo, de un par de décadas atrás, en 1930. Ver por todos Veeder, V. V., «The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas», International and Comparative Law Quarterly, Vol. 47.

^{22.} Ver Spiermann, O., «Applicable Law», en Muchlinski, Ortino, Schreuer (eds.), Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 93.

^{23.} Petroleum Development Ltd. v. The Sheikh of Abu Dhabi, (1951) 18 ILR 144, reprinted in 1 ICLQ 247 (1952); Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co. Ltd., (1953) 20 ILR 534; Sapphire International Petroleum Ltd. (Sapphire) v. National Iranian Oil Co., (1953) 35 ILR; BP Exploration Co. (Libya) Ltd. v. The Government of the Libyan Arab Republic, October 10, 1973, published at 53 ILR 297 (1979), inter alia.

^{24.} Así califican Philip Janig y August Reinisch al sistema de precedentes y su fuerte influencia en esta área: Janig, P., Reinisch, A., «General Principles and the Coherence of

tes-25, cuyos contornos se enriquecieron, a su vez, con el Derecho privado, internacional privado y uniforme²⁶. El Derecho comparado y sus diversas técnicas merecieron, al efecto, particular atención²⁷, aunque siguen siendo controversiales los diversos métodos empleados por quienes emprenden la tarea comparatista²⁸, lo que a su vez genera disparidades en las respuestas dadas a problemas planteados en las reclamaciones sobre inversiones foráneas²⁹. Se

- 25. Jean Ho hace notar la notable influencia de los precedentes en las reclamaciones de inversión. Ho, J., State Responsibility for Breaches of Investment Contracts, Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 4. Ello particularmente cuando los precedentes van en una misma dirección. Ver también Bachand, F. Y., Gélinas, F., «Legal Certainty and Arbitration», en Schultz, T., Ortino, F. (eds.), The Oxford Handbook of International Arbitration, Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 393. Quizá el examen más detallado de la influencia de los precedentes se encuentra en la decisión dictada en el caso: AES Corporation v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction (April 26, 2005), pp. 6 y siguientes. Ver también Schreuer C., Weiniger, M., «A Doctrine of Precedent?», en Muchlinski, P., Ortino, F., Schreuer, C. (eds.), The Oxford Handbook of International Investment Law, pp. 1193-1194. Sobre los precedentes en el ámbito de la Corte Permanente de Arbitraje, ver Daly, B., Meighen, H., A Guide to the PCA Arbitration Rules, OUP, United Kingdom, 2014, p. 137; Un caso relevante a este respecto es Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, Permanent Court of Arbitration Case No. AA 227, Final Award (July 18, 2014), para 1362.
- Ver sobre los orígenes Shaw M., International Law (6th edition), Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 112. Sobre la influencia de la doctrina actual en materia de inversiones, ver Rigo Sureda, A., Investment Treaty Arbitration Judging Under Uncertainty, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 132-138. A este respecto, resalta la incidencia que tiene Christoph Schreuer, ampliamente citado por tribunales arbitrales de inversión, particularmente con el siguiente libro que lo tiene como protagonista principal: Schreuer, C., et al., The ICSID Convention, A Commentary, Cambridge University Press, 2010.
- 27. Ver, por ejemplo, el siguiente informe a la Comisión de Derecho Internacional: International Law Commission Seventy-second session Geneva, 27 April-5 June and 6 July-7 August 2020 Second report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, A/CN.4/741, disponible en https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/ GEN/N20/093/44/PDF/N2009344.pdf?OpenElement (último acceso: 5 de junio de 2022).
- Ver, por ejemplo, Lawson, F. H., Selected Essays, Volume II: The Comparison, Ámsterdam: North-Holland, 1977; Gordley, J., «Is Comparative Law a Distinct Discipline?», American Journal of Comparative Law, 46 American Journal of Comparative Law 607, 1998; von Mehren, A. T., Gordley, J., The Civil Law System: An Introduction To The Comparative Study Of Law, Boston/Toronto: Little, Brown and Conmpany, 1977; David, R., Traité élémentaire de droit civile comparé: Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative, París: Librairie Générale de Droit, 1950 (con varias ediciones actualizadas). Un provocativo artículo reciente es el siguiente: Salaymeh, L., Michaels, R., «Decolonial Comparative Law: A Conceptual Beginning», Rabels Z 86, 166-188, 2022, p. 170.
- 29. El Derecho comparado vino siendo utilizado por diversos tribunales en temas de inversiones, entre ellos la Corte Internacional de Justicia, como sucedió en: Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, at p. 38, para 50). Lo propio ocurrió con otros tribunales, entre ellos según el mecanismo del CIADI, como

International Investment Law: of Res Judicata, Lis Pendens and the Value of Precedents», en Andenas, M., Fitzmaurice, M., Tanzi, A., Wouters, J. (eds.), General Principles and the Coherence of International Law, Brill, 2019, p. 296.

impone, pues, una sofisticación en el manejo de estas cuestiones, lo que alarmantemente no suele merecer la atención debida.

Por lo demás, el Derecho internacional privado viene experimentando una evolución imponente en tiempos recientes, a partir de un sinfín de esfuerzos globales, regionales y en ámbitos nacionales, tanto en la órbita pública como privada, que van generando numerosos textos de Derecho positivo (como tratados y leyes) y blando (como guías, leyes modelo, principios), que tienden a romper con la ortodoxia localizadora de casos internacionales³⁰. Ello a partir de diversos mecanismos, como los que otorgan flexibilidad a juzgadores cuando el mecanismo localizador lleva a resultados injustos o discriminatorios, hasta el avance de textos de Derecho uniforme, como la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. En este último sentido, los Principios UNIDROIT en materia de Derecho contractual internacional se erigen en poderosa herramienta de potenciales fecundas consecuencias, no solo en el ámbito comercial sino también en materia de inversiones foráneas³¹, al brindar fórmulas como las relativas a la fuerza mayor e imprevisión comercial que en diversos contextos pueden asirse en dicho ámbito.

por ejemplo en: Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia, Award (November 20, 1984), paras 248, 266-267.

Total S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability (December 27, 2010), para 128. Ver también: Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12, Award (June 07, 2012), para 166; Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)11/2, Award (April 04, 2016), para 546; y Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award (September 22, 2014). Ver también en: E. Gaillard, «Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?», Arbitration International 17, pp. 59-72; y A.S. King, «General Principles and the Search for Legitimacy in International Arbitration: A Comparative Perspective» Ius Comparatum 1 (2020), pp. 288-318.

^{30.} De este tema me ocupé en trabajos anteriores, entre ellos: Moreno Rodríguez, J. A., Contratación y Arbitraje, Asunción: Intercontinental Editora-CEDEP, 2010; Moreno Rodríguez, J. A., Derecho Aplicable y Arbitraje, Madrid: Aranzadi, 2014, capítulos IV a VI. Ver también la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en las Américas de 2019, disponible en https://jmoreno.info/v1/?page_id=975 (último acceso: 4 de junio de 2022), y su comentario escrito por el autor de esta contribución en Revista Española de Derecho Internacional, Vol. 73/1, enero-junio 2021, Madrid, pp. 187-206 y Revista Española de Derecho Internacional, Vol. 73/2, julio-diciembre 2021, Madrid, pp. 261-283.

^{31.} Ver, por ejemplo, en: Bonell, J., «International Investment Contracts and General Contract Law: a Place for the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts?», Vol. 17, Uniform Law Review, vol. 1-2, January 2012; Cordero-Moss, G., Behn, D., «The Relevance of the UNIDROIT Principles in Investment Arbitration», Vol. 19(4), Uniform Law Review 570, November 10, 2014; Bernardini, P., «UNIDROIT Principles and international investment arbitration», Vol. 19, Uniform Law Review, 2014; Reinisch, A., «The relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in international investment arbitration», Vol. 19, Uniform Law Review, 2014.

Así también, otros desarrollos de tinte conflictualista del Derecho internacional privado actual, adecuadamente aprehendidos, brindan formidables recursos para lidiar con problemas recurrentemente suscitados en materia de inversión extranjera, cosa no suficientemente explotada debido a la insuficiencia de un fecundo diálogo interdisciplinario que permita restar provecho de tantas potencialidades³². Las reclamaciones en materia de inversión foránea pueden envolver discusiones conflictualistas relativas, por ejemplo, a capacidad³³, responsabilidad extracontractual³⁴, derecho de propiedad³⁵ e, incluso, complejas cuestiones relativas a instrumentos financieros y garantías³⁶. Determinados avances recientes en el Derecho internacional privado conflictualista en estos temas pueden tener intensas repercusiones en la suerte de muchas de estas contiendas, por lo que su manejo apropiado no puede desconocerse.

Tampoco puede soslavarse que la división público-privada, potenciada artificialmente en las cuatro paredes de la academia³⁷, viene diluyéndose de

^{32.} El arbitraje plantea desafíos interesantes a este respecto, tanto porque es un terreno de fecunda aplicación del Derecho internacional privado con discreción amplia a cargo de los árbitros, como porque facilita la aplicación del Derecho uniforme. Con respecto a esto último, ver la siguiente excelente contribución: Calvo Caravaca, A. y. Carrascosa González, J., «Lex Mercatoria y Arbitraje Privado Internacional», en Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 12, No. 1 (2020), accesible en https://e-revistas.uc3m.es/index.php/ CDT/issue/view/595, pp. 66-86 (último acceso: 4 de junio de 2022).

^{33.} Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/3, (Preliminary Objections) 12 ICSID Rep 245, 269-70/115-24; Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, No. 2 (Preliminary Objections) 1 ICSID Rep 543, 562; Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/03/8, (Preliminary Objections) paras 38(ii), 39; y Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, (Merits) para 323.

^{34.} Isiah v. Bank Mellatt, Case 35-219-2, (March 30, 1983), 2 Iran-US CTR 232; Sea-Land Service, Inc. v. Iran, Case 135-33-1, (June 22, 1984), 6 IranUS CTR 149. Ver también: Douglas, Z., The International Law of Investment Claims, Cambridge University Press, 2009, p.

^{35.} AIG v. Kazakhstan, Merits, 11 ICSID Rep 7, 48/10.1.4; Zhinvali v. Georgia, Preliminary Objections, 10 ICSID Rep 3, 69/301; EnCana v. Ecuador, Merits, 12 ICSID 427, 476-7/184-8; Nagel v. Czech Republic, Merits; SwemBalt v. Latvia, Merits, para 35; Saluka v. Czech Republic, Merits, para 204; Bayview v. Mexico, Preliminary Objections, paras 98, 102, 118; Fraport v. Philippines, Preliminary Objections, para 394; Azinian v. Mexico, Merits, 5 ICSID Rep 272, 289/96; BG v. Argentina, Merits, paras 102, 117; y Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, Award (May 08, 2008), paras 179-230.

^{36.} Ver el ICC Commission Report, Financial Institutions and International Arbitration, International Chamber of Commerce (ICC) 2016, en: https://iccwbo.org/content/uploads/ sites/3/2016/11/icc-financial-institutions-and-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission-report.pdf (consultado el 9 de mayo de 2022), p. 6.

^{37.} Hess, B., Public-Private Divide in International Dispute Resolution, Brill, 2018.

manera notoria³⁸, lo que impacta también en los arbitrajes de inversiones extranjeras³⁹, en los que recurrentemente se abordan cuestiones propias del Derecho privado, como las relativas a incumplimientos contractuales, u otras en las que el Derecho público se encuentra insuficientemente equipado a brindar respuestas⁴⁰.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y DERECHO SUSTAN-TIVO APLICABLE A LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

A todo lo abordado se suma otro ingrediente de gran relevancia: el gran desarrollo del arbitraje luego de la segunda mitad del Siglo XX, con hitos como la llamada Convención de Nueva York de 1958 que se ocupa de la ejecución de laudos extranjeros; el reglamento de 1974 (modificado en 2010) y luego la Ley Modelo CNUDMI de 1985 (modificada en 2004), y la modernización generada en base a estos instrumentos a lo ancho del orbe. La Convención de Nueva York cuenta con más de 160 ratificaciones, y un número importante de países de los cinco continentes reformaron sus leyes nacionales para ponerlas en sintonía con el modelo de CNUDMI⁴¹. Lo propio ocurre con los reglamentos de las instituciones arbitrales, fuertemente impactados en su contenido por el modelo de esta institución⁴², como ocurre por ejemplo con las reglas de la Corte Permanente de Arbitraje (PCA)⁴³, que viene registrando un número

^{38.} Opertti, D., Badán, «Derecho internacional público y Derecho internacional privado. Hacia un diálogo renovado», en Fernández Arroyo, D., Lima Marques, and C., Derecho internacional privado y Derecho internacional público: un encuentro necesario, Asunción: CEDEP, 2011, p. 76.

^{39.} Ver, por todos: Fernández Arroyo, D., Moïse Mbengue, M., «Public and private international law in International Courts and Tribunals: Evidence of an Inescapable Interaction», Columbia Journal of Transnational Law, 56, pp. 799 y ss. Ver también los siguientes excelentes trabajo al respecto: Reed, L., «Mixed Private and Public International Law Solutions To International Crises», Recueil des cours, Vol. 306, 2003; Hess, B., «The Private-Public Divide in International Dispute Resolution», Recueil des cours, Vol. 388, 2018.

^{40.} Como ejemplo, pueden citarse los siguientes casos: Fedax N.V. v. Rep. of Venezuela, IC-SID Case No. ARB/96/3, para 30 (1998); Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, 5 ICSID Rep. 419, paras 50-57, 77 (2000); Antoine Goetz v. Republic of Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3, 6 ICSID Rep. 3 (1999); Wena Hotels, ICSID Case No. ARB/98/4.

^{41.} Ver, al respecto, en mi libro: Moreno Rodríguez, J. A., Derecho Aplicable y Arbitraje, Madrid: Aranzadi, 2014.

^{42.} Levine, J., «Navigating the parallel universe of investor-State arbitrations under the UN-CITRAL Rules», en Brown C., Miles, K., (eds.), Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 372. Ver también, en general: Dahlquist, J., The Use of Commercial Arbitration Rules in Investment Treaty Disputes Domestic Courts, Commercial Arbitration Institutions and Tribunal Jurisdiction, Brill, 2021.

^{43.} Ver, al respecto, en: Daly, B.W., Goriatcheva, E., Meighen, H. A., A Guide to the PCA Arbitration Rules, Oxford, Oxford University Press, 2014. Ver también Jonkman, H., «The Role of the Permanent Court of Arbitration in International Dispute Resolution (Addresses)», Recueil des cours, Vol. 279, 1999.

creciente de casos de arbitrajes de inversiones, como consecuencia de tratados o contratos de inversión que se sujetan a ellas⁴⁴.

Y ni qué decir con la revolución ocasionada por el mecanismo del CIA-DI a partir de su convención constitutiva de 1965⁴⁵. Con él se sustrae a los arbitrajes de una sede en la cual se apliquen normas estatales arbitales (lex arbitri), y se concibe, en su lugar, un sistema autosuficiente y no sujeto al examen de tribunales nacionales en anulación. La revolución viene por esta y otras características del mecanismo, como su peculiar y excepcional instancia de anulación dentro del propio sistema, pero las mayores repercuisones provienen de la recurrencia masiva de inversores extranjeros al arbitraje CIADI, como consecuencia del recurso a dicho arbitraje en tratados y contratos de inversión. Esto llevó a una explosión de casos, notoria y creciente a partir de los años 1990s, lo que coloca al CIADI en una posición de privilegio como mecanismo para resolución de conflictos en materia de inversiones foráneas46.

Tanto la normativa del CIADI como la de otros mecanismos arbitrales, si bien contienen más bien normas de tinte procesal o jurisdiccional, incluyen reglas -escuetas, pero de gran importancia- sobre el Derecho aplicable al fondo de estas controversias⁴⁷, que se relacionan con su elección o, en su caso, con la ausencia de selección, con criterios para su aplicación flexible cuando así procediera, y con el orden público. También dejan estas reglas la posibilidad de que pueda optarse por el mecanismo de arbitraje de equidad o ex aequo et bono. Estas regulaciones sobre el Derecho aplicable al fondo, no por escuetas, dejan de implicar la eventual consideración de un sinfín de cuestiones jurídicas del Derecho in-

^{44.} Una interesante contribución sobre el impacto del mecanismo en las inversiones en América Latina se encuentra en Doe, M., Aragón, J. L., «Causas y azares: el renacimiento de la Corte Permanente de Arbitraje en América Latina en el campo de las inversiones extranjeras», en Tanzi, A., Asteriti, A., Polanco Lazo, R., Turrini, P. (eds.), International Investment Law in Latin America, Problems and Prospects, Brill Nijhoff, 2016, pp. 576-

^{45.} Kinnear, M., «Foreword», en Fouret, J., Gerbay, R., Álvarez, G. M., The ICSID Convention, Regulations and Rules. A Practical Commentary, Massachusetts: Edward Elgar, 2019. Ver, en general, un resumen de la historia y el impacto del CIADI en Parra, A., The History of ICSID, Oxford: Oxford University Press, 2012. Ver, asimismo, Broches, A., «The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States», Recueil des cours, Vol. 136 (1972).

^{46.} Flores, G., The Forefront of International Investment Law: Modernizing the Rules and Regulations of ICSID, 16 Manchester J. Int'l Econ. L. 94, 2019, p. 94. Ver también Reinisch, A., Malintoppi, L., «Chapter 18: Methods of Dispute Resolution», en Muchlinski, P., Ortino, F., Schreuer, C. (eds.), The Oxford Handbook of International Investment Law, Nueva York: Oxford University Press, 2008, p. 692.

^{47.} Se ocupan del tema, por ejemplo, el art. 42 del Convenio del CIADI y el art. 28 de la Ley Modelo de Arbitraje de CNUDMI.

150

ternacional público, Derecho internacional privado, Derecho uniforme, y Derecho privado en general⁴⁸.

V. CONCLUSIÓN

Sin lugar a dudas, la ausencia de un *corpus* material tantas veces aquí aludido, que rija comprensivamente el Derecho sustantivo aplicable a las inversiones foráneas, convierte en requisito imperioso el recurrir a un fecundo diálogo interdisciplinario para la búsqueda de respuestas apropiadas ante múltiples interrogantes.

Si esta contribución consigue despertar interés por explorar con mayor profundidad esta interacción, el objetivo que la anima estará más que logrado.

^{48.} De estos problemas me ocupo en mi contribución para la Academia de La Haya de próxima aparición bajo el título: «Private (and Public) International Law and Investment Arbitration».