

Comité Jurídico Interamericano

Curso de Derecho Internacional

**47°
2022**



OEA

Más derechos para más gente

Secretaría General
Secretaría de Asuntos Jurídicos
Departamento de Derecho Internacional

El derecho aplicable al fondo: Un debate ausente en las propuestas de Reforma al Mecanismo de Resolución de Disputas de las Inversiones Extranjeras

**José Antonio
Moreno Rodríguez**

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 los reclamos de inversores contra los Estados considerados agraviantes, merced a un entramado de instrumentos internacionales – entre los que proliferan los tratados bilaterales de inversión – a través de los cuales 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 las Comunidades Europeas, por citar ejemplos. Ante lo quimérico del planteo,

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 de la casuística del sistema, lo cual no se da hoy día en que, antes bien, el escenario se muestra caótico con laudos contradictorios en diversas cuestiones sustantivas de capital importancia relativas a la inversión foránea².

Según los críticos, la integridad del proceso se lograría 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 mecanismo arbitral mismo se encuentra diseñado más bien para concentrarse en la contienda puntual y no en que las decisiones sean necesariamente armónicas con

otras anteriores, como ocurre normalmente en tribunales internacionales de conformación estatal – fundamentalmente porque se centraliza la resolución de controversias sometidas a su consideración en ellos.

Las discusiones sobre integridad del proceso arbitral de inversiones son ricas en matizaciones, y este espacio no se ocupará de ellas³. Sí se hará referencia, en lo que sigue, a una cuestión medular, no mayormente presente en los debates sobre reformas al mecanismo de inversiones extranjeras instalado en el orbe, a saber: el derecho sustantivo aplicable a éstas. Las discusiones se centran fundamentalmente en lo contradictorio de las decisiones contrapuestas dictadas en sonados laudos, achacándose su culpa al mecanismo arbitral, con el discurso de que ello no ocurriría de contarse con 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, los críticos centran la artillería en el mecanismo de juzgamiento, pero nada

o muy poco dicen – u ofrecen como solución – con respecto al derecho sustantivo que debería regir en estas cuestiones. ¿No puede ser, acaso, esta orfandad una causa principal – o al menos importante – de las antinomias en laudos arbitrales en estos temas?

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 mucho, a una mejoría del régimen, independientemente a que prosperen – o no – y sin juzgar si sean buenas o malas 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.

¿Cuál es la situación actual? Pues – amén de la orfandad de debates importantes al respecto – no se cuenta con un “corpus” o instrumento internacional que regule comprensivamente el problema del derecho sustantivo aplicable a las inversiones foráneas⁴. Y no es realista plantear que un texto así pueda ser negociado por los Estados y, sobre todo, adoptado luego por un número interesante de países que lo vuelva así efectivo en un ámbito espacial importante.

**José Antonio Moreno
Rodríguez**

El derecho aplicable al fondo: Un debate ausente en las Propuestas de Reforma al Mecanismo de Resolución de Disputas de las Inversiones Extranjeras



Sí existen hoy día múltiples instrumentos, 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, muchas veces 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 elucubran justificativos para que los intereses económicos del occidente de Europa sean protegidos en lo que respecta a las inversiones en las colonias de entonces. Ello a partir de ciertos estándares mínimos que terminan 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 entendían en contiendas al respecto y fueron originando una rudimentaria casuística en consecuencia⁷.

Los tratados, sin embargo, eran pocos con respecto a los estándares

“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.”

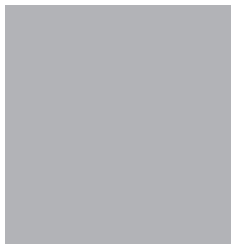
mínimos de protección, y ante el vacío, la doctrina del derecho internacional público, y los tribunales especiales, recurrían al derecho común de la época, ese derecho privado romano que había ido sedimentándose con los siglos y seguía siendo el hontanar del que se nutrían las distintas nóveles ramas que iban desprendiéndose de él. La doctrina y 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 influye, 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 común.⁹ ¿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 pone en entredicho en las Américas hacia fines del siglo XIX, luego de los procesos independentistas en la región. Una cosa era que los europeos impusieran en sus colonias su propio derecho, pero otra muy 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

**José Antonio Moreno
Rodríguez**

El derecho aplicable al fondo: Un debate ausente en las Propuestas de Reforma al Mecanismo de Resolución de Disputas de las Inversiones Extranjeras



la inversión foránea y su juzgamiento, no en tribunales internacionales, sino ante jueces locales¹⁰. 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 prima aquello de que “en mi patio traseo, bajo mis reglas”¹¹.

En la medida en que el yugo colonialista va cediendo en otras regiones, la tensión se traslada embrionariamente a la Liga de Naciones y luego a las Naciones Unidas¹², pero no se logra 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 Unidas consigue aprobar, no un tratado¹⁴, sino un instrumento “de derecho blando”, cual es el documento sobre la responsabilidad 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 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 de protección mínimo”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.

La celebración de tratados bilaterales y multilaterales de inversión cristalizó en ellos varios de estos estándares amplios de protección desarrollados por el derecho consuetudinario internacional¹⁹; 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 de si en el

fondo se trata de la misma fórmula o son cosas distintas²⁰. Sin embargo, sigue el vacío con respecto al corpus que regule o “aterrice” 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; y la amplitud que ofrece la vía arbitral viene contribuyendo, en lo que respecta al derecho sustantivo aplicable, al desarrollo de principios y precedentes casuísticos que complementan o “aterrizan” 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 sonados 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 facto”²⁴ de precedentes²⁵, cuyos contornos se enriquecieron, a su vez, con el derecho privado, internacional privado e 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 los reclamos de inversiones foráneas²⁹. Se impone, pues, una sofisticación en el manejo de estos temas, 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 duro (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 inequitativos,

hasta el avance de textos “de derecho uniforme”, como la llamada “Convención de Viena” sobre compraventa internacional de mercaderías. En este último sentido, los llamados “Principios UNIDROIT” en materia de derecho contractual internacional se erigen en una 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 fuerza mayor e imprevisión que en diversos contextos pueden asirse en dicho ámbito.

“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 tribunales internacionales, que los embates de la Doctrina Calvo no lograron destronar.”

“...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 duro (como tratados y leyes) y blando (como guías, leyes modelo, principios), que tienden a romper con la ortodoxia “localizadora” de casos internacionales.”

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 quitar 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. Avances recientes en el derecho internacional privado “conflictualista” en estos temas pueden tener un fuerte impacto en la suerte de muchas de estas contiendas, por lo que su manejo apropiado no puede ser ignorado.

Tampoco puede soslayarse que el distingo público-privado, potenciado artificialmente en las cuatro paredes de la academia, viene diluyéndose de manera notoria³⁷, lo que impacta también en los arbitrajes de inversiones extranjeras³⁸, en los que recurrentemente se abordan cuestiones propias del derecho privado, como las relativas a violaciones contractuales, u otras en las que el derecho público se encuentra insuficientemente equipado a brindar respuestas³⁹.

A todo lo dicho hasta ahora 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 de UNCITRAL 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 UNCITRAL⁴⁰. Lo propio ocurre con los reglamentos de las instituciones arbitrales, fuertemente impactados en su contenido por el modelo de esta institución⁴¹, como ocurre por ejemplo con las reglas de la Corte Permanente de Arbitraje (PCA)⁴², que viene registrando un número creciente de casos de arbitrajes de inversiones, como consecuencia de tratados o contratos de inversión que se sujetan a ellas⁴³.

Y ni qué decir con la “revolución” traída por el mecanismo del CIADI a partir de su convención constitutiva de 1965⁴⁴. Con él se sustrae a los arbitrajes de una sede de la cual se apliquen reglas arbitrales (*lex arbitri*), y se concibe en vez un sistema autosuficiente y no sujeto al escrutinio de tribunales nacionales. La revolución viene por esta y otras características del mecanismo, como su peculiar y excepcional instancia de anulación dentro del propio sistema, pero el impacto viene

de la recurrencia masiva de inversores extranjeros al arbitraje CIADI, como consecuencia de su referencia masiva 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 un sitial preponderante como mecanismo para resolución de conflictos en materia de inversiones foráneas⁴⁵.

Tanto la normativa del CIADI como la de otros mecanismos arbitrales, si bien contienen más bien normas de tinte procesal o jurisdiccional, incluyen

“...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 de UNCITRAL de 1985 (modificada en 2004), y la modernización generada en base a estos instrumentos a lo ancho del orbe.”

reglas – parcas, pero de tremenda importancia – sobre el derecho aplicable al fondo de estas controversias⁴⁶, 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 del derecho internacional público, derecho internacional privado, derecho uniforme, y derecho privado en general⁴⁷.

Nuevamente – y ya también a modo de conclusión – la ausencia de ese corpus tantas veces aquí aludida, que rija comprensivamente el derecho sustantivo aplicable a las inversiones foráneas, vuelve imperioso recurrir a un fecundo diálogo interdisciplinario para la búsqueda de respuestas apropiadas ante múltiples interrogantes. Si esta contribución consigue despertar un interés por explorar con mayor profundidad esta interacción, el objetivo que la anima estará más que logrado.

¹. Lo medular de esta contribución fue presentado por su autor en el marco de una relatoría ante el Comité Jurídico Interamericano y además en el XLVII Curso de Derecho Internacional de la OEA en Río de Janeiro en 2022, como así también en Roma en 2022, en un evento en conjunto entre UNIDROIT y el ICC Institute of World Business Law, exploratorio con respecto a cómo paliar la problemática abordada en estas páginas. 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, intitulado Private International Law and Investment Arbitration, que será publicado in extenso, en inglés, en la prestigiosa Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours.

². Un interesante reciente comentario con relación a lo mencionado en este párrafo se encuentra en: J.E. Alvarez, “ISDS Reform: The Long View”, IILJ Working Paper 2021/6.

³. Ya hace un tiempo, James Crawford escribió un excelente artículo al respecto. Ver: J. Crawford, “Treaty and Contract in Investment Arbitration”, Arbitration International, Vol. 24, No. 3, LCIA, 2008. Ver también: UNCITRAL WG III Report April 18 (B. Consideration of the arbitral outcomes. Coherence and Consistency) <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V18/029/59/PDF/V1802959.pdf?OpenElement>> (accesado el 12 de mayo de 2022), pp. 5-7.

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

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

⁶. Ver en: C. Brown, “Resolving international investment disputes”, Litigating International Law Disputes, Weighing the Balance (Natalie Klein, ed.), Cambridge University Press, 2014, pp. 401 y siguientes. Alberto Mazzoni y Maria Chiarla Malaguti ponen como ejemplo de esta consolidación el de la “cláusula de la nación más favorecida”. A. Mazzoni and M.C. Malaguti, Derecho del Comercio Internacional (G. Giappichelli, ed.), Tirant Lo Blanch, 2021, p. 31.

⁷. Ver en: J. Merrills, “The place of international litigation in international law”, Litigating International Law Disputes, Weighing the Options (N. Klein, ed.), Cambridge University Press, 2014; C. Rousseau, Derecho Internacional Público (3 rd edition), Editorial Ariel, 1966, p. 90, etcétera. Sobre la casuística de estos tribunales, ver, por ejemplo, en: D.J. Bederman, “The Glorious Past and Uncertain Future of International Claims Tribunals”, International Courts for the Twenty-First Century (M.W. Janis, ed.), p. 167.

⁸. Ver, por ejemplo, en: H.C. Gutteridge, “Comparative Law and the Law of Nations”, British Yearbook of International Law, Vol. 21 (1944), p. 2; H. Waldock, “General Course on Public International Law”, Recueil des cours, Vol. 106 (1962), p. 55, etcétera.

⁹. Ver, por ejemplo, en: H. Lauterpacht, Private Law Sources and Analogies of International Law, Longmans, Green and Co., London, 1927, pp. 10

¹⁰ Sobre la Doctrina Calvo, una obra clásica es la de: D.R. Shea, *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, en: B.M. Cremades, “Disputes 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 en: A.S. Hershey, “The Calvo and Drago Doctrines” *American Journal of International Law*, Vol. 1, No. 1 (1907), pp. 26-45; B. Olmos Giupponi, “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, etcetera.

¹¹ Ver en el siguiente reporte 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 57 th Session Supp. No. 10 (A/57/10) Ch. V, p. 162. Ver también un interesante recuento en W. Shan, “Is Calvo Dead?” *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, No. 1 (2007), p. 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: C. McLachlan, “Investment Treaties and General International Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57, No. 2 (April, 2008), pp. 365-366. Luego vino la Carta de La Habana de 1948. Ver en: *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 en: 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 (Spring 1960). En base a él, la OECD publicó un proyecto en 1962. Ver: OECD, *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, 2 *International Legal Materials* 241 (1962), accessible en <<https://www.oecd.org/investment/international-investmentagreements/39286571.pdf>> (accesado el 3 de marzo de 2022). Un poco antes vino otro proyecto, el llamado Harvard Draft” de 1961. Ver en: J. Ho, *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts*, 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*. Available at: <http://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf> (accesado el 3 de marzo de 2022). El proyecto fue discontinuado en 1998.

¹⁴ Las Naciones Unidas sí emitieron una serie de resoluciones que trataron en parte el problema (626 de 1952; 1803 de 1962; 2158 de 1966; 3171 de 1973; 3201 y 3202 de 1974), que generaron incontables controversias y debates, como puede verse, por ejemplo, en: A.F. Lowenfeld, *International Economic Law* (2 nd edition), Oxford University Press, 2008, pp. 484 y siguientes; S.P. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, 2008, pp. 21 y siguientes, etcétera. 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, accessible en: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1970_v2.pdf (accesado el 11 de marzo de 2022), p. 306, para 66(c).

¹⁶ El documento goza de un gran prestigio y reconocimiento a este respecto. Ver en: A. Remiro Brotons, Derecho Internacional, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 405. Ver también K. Hobér, “State Responsibility and Attribution”, The Oxford Handbook of International Investment Law (Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, eds.), Oxford University Press, New York, 2008, p. 550, etcetera. Incluso fue citado por la Corte Internacional de Justicia en el caso Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), (1997), paras 47, 50, 79, 83.

¹⁷ K. Miles, 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 M. Bogdan, “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: J. Arato, “The Logic of Contract in the World of Investment Treaties” (2016) 58 William & Mary Law Review, pp. 351 y siguientes; J. Arato, “The Private Law Critique of International Investment Law” (2019) American Journal of International Law, pp. 1 y siguientes.

¹⁹ S. Schill, The Multilateralization of International Investment Law, Cambridge University Press, 2009, p. 11. Ver también en J.E. Alvarez, “The Public International Law Regime Governing International Investment”, Recueil des cours, Vol. 344 (2011).

²⁰ Ver por ejemplo en T.J. Grierson-Weiler and I.A. Laird, “Standards of Treatment”, The Oxford Handbook of International Investment Law (Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, eds.), Oxford University Press, 2008, p. 262.

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

²² Ver en: O. Spiermann, “Applicable Law”, Oxford Handbook of International Investment Law (P. Muchlinski et al., eds.), 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), etcetera.

²⁴ Así califican Philip Janig y August Reinisch al sistema de precedentes y su fuerte influencia en esta área. P. Janig and A. Reinisch, “General Principles and the Coherence of International Investment Law: of Res Judicata, Lis Pendens and the Value of Precedents”, General Principles and the Coherence of International Law (Mads Andenas, Malgosia Fitzmaurice, Attila Tanzi, and Jan Wouters, eds.), Brill, 2019, p. 296.

²⁵ Jean Ho hace notar la notable influencia de los precedentes en las reclamaciones de inversión. J. Ho, *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts*, Cambridge University Press, 2018, p. 4. Ello particularmente cuando los precedentes van en una misma dirección. Ver también en: F. Bachand and F. Gélinas, “Legal Certainty and Arbitration”, *The Oxford Handbook of International Arbitration* (Thomas Schultz and Federico Ortino, eds.), Oxford University Press, 2020, p. 393. Quizás 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 en C. Schreuer and M. Weiniger, “A Doctrine of Precedent?”, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (P. Muchlinski, F. Ortino, and C. Schreuer, eds.), pp. 1193-1194. Sobre los precedentes en el ámbito de la Corte Permanente de Arbitraje, ver en: B.W. Daly, E. Goriatcheva and H.A. Meighen, *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.

²⁶ Ver sobre los orígenes en: M.N. Shaw Q.C., *International Law* (6 th edition), Cambridge University Press, 2008, p. 112. Con relación a la influencia de la doctrina actual en materia de inversiones, ver en: A. Rigo Sureda, *Investment Treaty Arbitration Judging Under Uncertainty*, Cambridge University Press, UK, 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: C. Schreuer et al, *The ICSID Convention, A Commentary*, Cambridge University Press, 2010.

²⁷ Ver, por ejemplo, el siguiente reporte 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).

²⁸ Ver, por ejemplo, en: F.H. Lawson, *Selected Essays, Volume II: The Comparison*, North-Holland, Amsterdam, 1977; J. Gordley, “Is Comparative Law a Distinct Discipline?”, *American Journal of Comparative Law*, 46 *American Journal of Comparative Law* 607 (Fall 1998); A.T. von Mehren and J. Gordley, *The Civil Law System: an introduction to the comparative study of law*, Little, Brown and Company, Boston/Toronto, 1977; R. David, *Traité élémentaire de droit civil comparé: Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Librairie Générale de Droit, 1950 (con varias ediciones actualizadas), etcétera. Un provocativo artículo reciente es el siguiente: L. Salaymeh and R. Michaels, *Decolonial Comparative Law: A Conceptual Beginning*, *RabelsZ* 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 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: J.A. Moreno Rodríguez, *Contratación y Arbitraje*, Intercontinental Editora-CEDEP, Asunción, 2010; J.A. Moreno Rodríguez, *Derecho Aplicable y Arbitraje*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2014, Capítulos IV a VI. Ver también la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en las Américas de 2019, 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: M.J. Bonell, “International Investment Contracts and General Contract Law: a Place for the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts?”, Vol. 17, *Uniform Law Review*, Issue 1-2, January 2012; G. Cordero-Moss, D. Behn, “The Relevance of the UNIDROIT Principles in Investment Arbitration”, Vol. 19(4), *Uniform Law Review* 570, November 10, 2014; P. Bernardini, “UNIDROIT Principles and international investment arbitration”, Vol. 19, *Uniform Law Review*, 2014; A. Reinisch, “The relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in international investment arbitration”, Vol. 19, *Uniform Law Review*, 2014, etcetera.

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: A. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *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 Mellat*, 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: Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, p. 90.

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> (accesado el 9 de mayo de 2022), p. 6.

³⁷ D. Operti Badán, “Derecho internacional público y derecho internacional privado. Hacia un diálogo renovado”, Derecho internacional privado y derecho internacional público: un encuentro necesario, Directores D.P. Fernández Arroyo and C. Lima Marques, CEDEP, Brasilcon, Asunción, 2011, p. 76.

³⁸ Ver, por todos: Fernández Arroyo and M. Moïse Mbengue, “Public and private international law in International Courts and Tribunals: Evidence of an Inescapable Interaction”, Columbia Journal of Transnational Law, 56, pp. 799 y siguientes. Ver también los siguientes excelentes trabajos al respecto: L. Reed, “Mixed Private and Public International Law Solutions To International Crises”, Recueil des cours, Vol. 306 (2003); B. Hess, “The Private-Public Divide in International Dispute Resolution”, Recueil des cours, Vol. 388 (2018).

³⁹ Como ejemplo, pueden citarse los siguientes casos: Fedax N.V. v. Rep. of Venezuela, ICSID 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, etcétera.

⁴⁰ Ver, al respecto, en mi libro: J.A. Moreno Rodríguez, Derecho Aplicable y Arbitraje, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2014.

⁴¹ J. Levine, “Navigating the parallel universe of investor–State arbitrations under the UNCITRAL Rules”, C. Brown and K. Miles (Eds.), Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration, Cambridge University Press, 2012, p. 372. Ver también, en general: J. Dahlquist, The Use of Commercial Arbitration Rules in Investment Treaty Disputes Domestic Courts, Commercial Arbitration Institutions and Tribunal Jurisdiction, Brill, 2021.

⁴² Ver, al respecto, en: B.W. Daly, E. Goriatcheva, and H.A. Meighen, A Guide to the PCA Arbitration Rules, Oxford University Press, United Kingdom, 2014. Ver también en: H. Jonkman, “The Role of the Permanent Court of Arbitration in International Dispute Resolution (Addresses)”, Recueil des cours, Vol. 279 (1999).

⁴³ Un interesante artículo sobre el impacto del mecanismo en las inversiones en América Latina se encuentra en: M. Doe Rodríguez and J.L. Aragón Cardiel, “Causas y azares: el renacimiento de la Corte Permanente de Arbitraje en América Latina en el campo de las inversiones extranjeras”, International Investment Law in Latin America, Problems and Prospects (Attila Tanzi, Alessandra Asteriti, Rodrigo Polanco Lazo, and Paolo Turrini, eds.), Brill Nijhoff, 2016, pp. 576-577.

⁴⁴ M. Kinnear, “Foreword”, The ICSID Convention, Regulations and Rules. A Practical Commentary, Edited by J. Foubert, R. Gerbay, and G.M. Alvarez, Commentaries, Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2019. Ver, en general, un recuento de la historia y el impacto del CIADI en: A. Parra, The History of ICSID, Oxford University Press, 2012. Ver, asimismo, en: A. Broches, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”, Recueil des cours, Vol. 136 (1972).

⁴⁵ G. Flores, 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 en A. Reinisch y L. Malintoppi, “Chapter 18 Methods of Dispute Resolution”, The Oxford Handbook of International Investment Law, Edited by P. Muchlinski, F. Ortino, and C. Schreuer, Oxford University Press, New York, 2008, p. 692.

⁴⁶ Se ocupan del tema, por ejemplo, el Artículo 42 del Convenio del CIADI y el Artículo 28 de la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL.

⁴⁷ 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.

Sobre el autor

José Antonio Moreno Rodríguez



José Antonio Moreno Rodríguez, LL.M por la Universidad de Harvard, y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Asunción. Es Miembro del Consejo de Gobierno de UNIDROIT. Es Presidente del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y relator de su guía sobre contratos internacionales y futura guía sobre el derecho aplicable a los arbitrajes de inversiones. Es Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP – www.cedep.org.py) y Presidente de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP – www.asadip.org), institución que aglutina a los más excelsos juristas del continente en la especialidad. Es uno de los dos latinoamericanos de los quince expertos mundiales del Grupo de Trabajo de los Principios de la Conferencia de

La Haya sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en la esfera judicial y arbitral. Miembro de Tribunales del CIADI. Miembro de las Corte de Arbitraje de la ICC, de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya y del Tribunal Arbitral del Deporte (TAD- TAS-CAS). Miembro del Consejo de Unidroit y Presidente del Grupo de Trabajo de su guía de inversiones en tierras agrícolas. Socio Principal de Altra Legal, firma paraguaya líder en litigación arbitral internacional. Ex Decano, se 5 desempeña actualmente como Profesor de Grado y de Postgrado en Paraguay y Profesor de Postgrado de la Universidad de Heidelberg en Chile y de la Universidad de París Pantheon-Assas (también ha sido invitado en igual carácter a la Universidad del Externado de Colombia y a la Universidad de Buenos Aires, entre otras instituciones).

Sumario

- I.** *Presentación General de la Ley;*
- II.** *Temas de la Teoría General del DIPr;*
- III.** *Temas de Derecho Internacional de Familia;*
- IV.** *Obligaciones contractuales*

