

Hacia un nuevo Derecho económico internacional

Fernando de Trazegnies Granda

There are found some minds given to an extreme admiration of antiquity, others to an extreme love and appetite for novelty; but few so duly tempered that they can hold the mean, neither carping at what has been well laid down by the ancients, nor despising what is well introduced by the moderns.

Francis Bacon. Novum Organum. L. I, § LVI.

Sumario

1. De la edad media a la postmodernidad. 1.1 Introducción. 1.2 Orígenes y características de la antigua *lex mercatoria*. 1.3 La modernidad. 1.4 La era de la globalización. 1.5 Las motivaciones del nuevo derecho económico transnacional. 1.5.1 El extranjero como parte débil. 1.5.2 La homogenización del trato legal. 1.6 Las fuentes del nuevo derecho transnacional. 1.7 Un nuevo derecho transnacional consuetudinario. 1.7.1 La costumbre como parte integrante de derecho internacional obligatorio. 1.7.2 La flexibilidad de un orden jurídico consuetudinario. 1.7.3 El problema de la coerción. 1.7.4 Los grandes principios del derecho internacional consuetudinario de los negocios. 1.7.4.1 El trato correcto y equitativo. 1.7.4.2 Legítimas expectativas. 1.7.4.3 La no confiscación de los bienes de un extranjero. 1.8 ¿*Lex mercatoria* rediviva? 2. Ley internacional y ley nacional. 2.1 *Lex mercatoria* y globalización. 2.2 El problema. 2.3 El derecho de la inversión. 2.3.1 Aplicación de la ley nacional. 2.3.1.1 Convenio sobre ley aplicable. 2.3.1.2 ¿Puede ser tácito el convenio sobre ley aplicable? 2.3.1.3 ¿Puede entenderse que la mención a una norma nacional específica dentro del contexto del contrato somete la discusión sustantiva de la

materia arbitral a la ley nacional citada? 2.3.1.4 ¿Puede la ley aplicable ser pactada por partes? 2.3.2 Intervención del Derecho Internacional. 2.3.2.1 Ley internacional ¿supletoria o correctiva? 2.3.2.2 ¿Cuándo interviene el Derecho Internacional? 2.3.3 Naturaleza del Derecho Internacional 2.3.4 Los principios del orden jurídico internacional consuetudinario. 2.4 Conclusiones.

1. DE LA EDAD MEDIA A LA POSTMODERNIDAD

1.1 Introducción

No cabe duda de que las tendencias sociales y económicas contemporáneas están obligando a una revisión de la identidad y de los alcances del Derecho Civil, vinculándolo cada vez más a las normas sobre las actividades mercantiles. De hecho, algunas legislaciones contemporáneas, como la italiana, han incluido al Derecho Comercial dentro del Código Civil. Más allá de opinar si esta inclusión es correcta o no, no puedo dejar de pronunciarme en el sentido de que –ya sea que existan dos Códigos o uno solo– el Derecho Civil y el Derecho Comercial representan ambos el punto de vista y las preocupaciones del ciudadano privado.

De esta manera, el Derecho Civil –restringido desde la aparición de los Códigos a la aplicación de un texto normativo específico– vuelve a encontrar su sentido dentro de una dimensión más grande que es el Derecho Privado. Por consiguiente, luego de la desmembración efectuada por el Estado liberal del campo de lo privado en diversas plantillas o marcos llamados códigos y del ataque que sufriera por las tendencias socialistas que enarbolaba el pensamiento crítico, el Derecho Privado es impulsado hacia un desarrollo muy importante y se afirma en su identidad privada.

Pero lo más significativo de la época actual es que paralelamente al Derecho Privado nacional está surgiendo otro Derecho Privado que atraviesa las fronteras y que crea nuevas instituciones.

Desde hace algún tiempo hemos vuelto a escuchar con cierta intensidad dentro de la vida económica internacional una expresión acuñada en la Edad Media, *lex mercatoria*, que parece tomar una nueva vitalidad en nuestros días.

Sin embargo, algunos prefieren denominar estas nuevas manifestaciones jurídicas como derecho transnacional (*transnational law*); otros las llaman simplemente derecho internacional (*international law*), aunque esta última denominación puede llevar a una confusión con el derecho que nace de los tratados; y otros insisten en la antigua denominación medieval. Y, como usualmente sucede en estos casos, cada posición reivindica o condena, a través del nombre especial escogido, algún aspecto de ese derecho emergente, que pugna por precisar sus contornos dentro del hostil medio de los derechos nacionales.

1.2 Orígenes y características del concepto

Para apreciar lo que está sucediendo, debemos hacer un poco de historia y preguntarnos sobre lo que era en la Edad Media esa *lex mercatoria* que ahora reaparece cuando menos dentro de la discusión jurídica. Pero, como sucede siempre con el Derecho, para comprender la *lex mercatoria* medieval, debemos conocer las circunstancias y razones sociales de su aparición, establecer el contenido de este Derecho en su origen y precisar los autores o creadores de normas válidas "mercatorias", así como su fuerza de coerción.

Recordemos que el Derecho medieval es muy complejo y muy rico. No es, como hoy en día, un Derecho rehén del poder político, cuya fuente, legitimidad y vigencia efectiva depende exclusivamente del Estado¹. Por el contrario, el

Derecho de la Edad Media es un Derecho de juristas atentos a la voz del pueblo, es decir, un sistema jurídico creado por personas que tienen el Derecho como ocupación formal, que construyen y organizan el orden jurídico como una cadena de conceptos², pero que toman como material no simplemente la norma emanada del poder político sino sobre todo el Derecho consuetudinario, vale decir, el Derecho que surge de la idiosincrasia de cada pueblo (sin perjuicio, claro está, de una fuerte influencia romana). Y si bien estos juristas se sitúan próximos a la autoridad política en la búsqueda de un respaldo de coerción, es preciso tener en cuenta que en la Edad Media no existen todavía los Estados en el sentido moderno y que la autoridad se encuentra dispersada en un sinnúmero de centros de poder locales, gremiales y eclesiásticos. Esta falta de control unitario en la producción del Derecho da lugar a una efervescencia multipolar que encuentra su coherencia en las tradiciones doctrinarias del Derecho romano, a su vez permanentemente repensadas y renovadas a la luz de las concepciones germánicas.

Por consiguiente, ese Derecho medieval es extraordinariamente abierto, creativo y susceptible de adaptarse a los cambios mucho más eficazmente y sutilmente que el posterior Derecho moderno vinculado a un Estado central.

Por ello no es de llamar la atención que cuando se produce un movimiento extraño en la sociedad medieval, promovido por la reaparición del comercio a distancia que había estado ausente desde el fin del Imperio Romano, tienda también a crearse un Derecho apropiado a las nuevas circunstancias.

Es evidente que siempre existió comercio a nivel del mercado local. Pero a veces las circunstancias geográficas pesan enor-

1. Paulo Grossi: La formación del jurista y la exigencia de una reflexión metodológica innovadora, en Paulo Grossi: *Derecho, sociedad, Estado. (Una recuperación para el Derecho)*. Escuela Libre de Derecho de la Universidad Michoacana de San Nicolás Hidalgo. México, 2004, p. 189.
2. P. Koschaker: *Europa y el Derecho Romano*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1953, p. 247.

memente en la configuración de la actividad de los pueblos. El Imperio carolingio, eje de la vida política de la Alta Edad Media, no estaba cercano a un mar interno que permitiera la fácil comunicación con otros pueblos ribereños, como sucedió con el Mediterráneo durante el Imperio romano. Sin embargo, desde el S. XI aparece un marcado interés en vender productos a comunidades ajenas y distantes de los lugares de producción, a pesar de las dificultades geográficas y de los limitados medios de transporte. Quizá los primeros impulsos a esta tendencia son producidos por los comerciantes que traen las nuevas maravillas descubiertas por los Cruzados en Oriente, tales como la seda, los perfumes, las especias. Estos bienes van a constituir la base del primer comercio propiamente internacional dentro de la sociedad europea.

En el fondo, es en este renacimiento del comercio, del intercambio por razones onerosas de bienes y servicios incluso desde zonas muy distintas, que debemos situar el origen remoto de la modernidad. Aun cuando coexisten con formas de la sociedad señorial de la Edad Media, aquellos que se encargan del comercio entre el Medio Oriente y los distintos países europeos –como los comerciantes marinos de Venecia, la Liga Hanseática y otros– son sin duda los propulsores de un nuevo estilo de vida y de una nueva manera de ver las cosas. Más tarde, encontraremos otras formas más complejas de comercio a distancia. Así, los comerciantes ingleses compraban lana de oveja en los feudos británicos y la vendían a los comerciantes flamencos, quienes a su vez la distribuían entre los tejedores de Flandes. Y luego estos comerciantes flamencos llevaban las prendas de vestir hechas en Flandes nuevamente a Inglaterra para venderlas en las ferias.

En un medio en el que el Derecho está más ligado al pueblo que al Estado, no es de extrañar que una nueva manera de vivir dentro de un sector del pueblo dé origen a un Derecho que surge de la necesidad de solucionar los problemas propios de esta nueva actividad. No es el Estado quien da leyes al respecto sino que son los propios usuarios del Derecho quienes van creando

costumbres normativas de acuerdo a sus experiencias. Pero este Derecho privado en el más pleno sentido de la palabra no se aplica solamente dentro del área de vigencia de los derechos locales. Como el comercio supera los límites de los feudos y de las naciones, la *lex mercatoria* se presentará como una regulación jurídica que sobrepasa los derechos locales y tiende a ser universal dentro de su época y de su especialidad. Y es así como este Derecho consuetudinario, que nace con gran fuerza, va a reglamentar básicamente el comercio a distancia y todo lo vinculado a la navegación comercial.

Evidentemente, esta *lex mercatoria* medieval recoge elementos de reflexión de muchas fuentes: el Derecho romano, las costumbres griegas, muy probablemente los desarrollos árabes en materia de regulación del comercio. La creación *ex nihilo* sólo corresponde a Dios. Pero también es cierto que no por el hecho de que el Palazzo Farnesio esté construido con mármoles extraídos del Foro romano, debemos considerarlo como una muestra de la arquitectura latina. Es, sin duda, el producto de una arquitectura nueva, una arquitectura renacentista, a pesar de que los materiales fueron tomados de construcciones anteriores que respondían a otra concepción arquitectónica.

El proceso de creación de este nuevo orden jurídico que llamamos *lex mercatoria* está impulsado por un gran sentido de realidad y es muy consciente de los problemas con los que se encuentra el comerciante. Pero también tiene una gran imaginación para ir inventando constantemente soluciones razonables y novedosas para esos problemas. Es así como no se limita a regular el contrato comercial básico que es la compra venta, sino que también desarrolla innovaciones en otros campos conexos, como las reglas sobre el transporte de bienes, el seguro y hasta el financiamiento de las mercaderías³. Y es así como el Derecho se pone al servicio de la expansión comercial, siendo un producto de ella pero también su causa; porque esa modernidad y esa

3. Harold J. Berman: *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*. Harvard University Press. Cambridge, USA, 1983, p. 334.

expansión comercial hubieran sido inimaginables sin la creación de la letra de cambio, el pagaré y la sociedad de responsabilidad limitada, que fueron resultado de la reflexión jurídica que se dio dentro del contexto de la *ley mercatoria*⁴.

1.3 La modernidad

Sin embargo, a medida que avanzan los procesos históricos emergentes, tanto el pensamiento como la organización política cambian. Frente a la homogeneidad que existía en la Edad Media bajo la forma de Cristiandad, surge con el protestantismo la división de Europa en naciones con religiones diferentes, algunas de las cuales reconocen la autoridad moral del Papa y otras no. Por consiguiente, el lenguaje de las relaciones internacionales se desplaza del plano teológico al plano político y así nace el Derecho Internacional, es decir, el Derecho que regula la relación entre Estados.

Por otra parte, la necesidad de ampliar los mercados locales superando los estrechos marcos del feudo o de la parroquia, suponía crear unidades de medida homogéneas, rutas y otras necesidades del comercio a escala ya no local sino nacional. Y tal unificación sólo podía hacerla un Estado central. Es verdad que con las nociones individualistas y liberales que en cierta forma aportó el comercio, ese Estado terminará democratizándose; pero, aun así, las transformaciones reforzaron su papel central y su monopolio en la producción y aplicación del Derecho.

En adelante, dentro de un mundo formado ya no por comunidades pequeñas tenuemente orquestadas hasta constituir un tejido de autonomías⁵ sino por Estados-Naciones, sólo existirá: (a) el Derecho Privado constituido por ley, que regula las relacio-

4. Harold J. Berman: Op. cit., p. 336.

5. Paulo Grossi: Un derecho sin Estado. La noción de autonomía como fundamento de la constitución jurídica medieval, en Paolo Grossi: Derecho, sociedad, Estado. (Una recuperación para el Derecho), ed. cit., p. 32.

nes entre los particulares pero que es creado e impuesto por el Estado; (b) el Derecho Público que determina la organización del propio Estado; y (c) el Derecho Internacional que es la forma como los Estados en tanto que tales se relacionan unos con otros. En otras palabras, todo el Derecho –incluso el Privado– ha sido puesto en las manos del Estado. La costumbre es proscrita como fuente normativa o, a lo sumo, se la reconoce como fuente subsidiaria, en aquello que no se oponga al Derecho positivo y sólo en los casos permitidos por la ley.

A partir de ese momento surge una relación antinómica entre el Estado y el mundo del comercio. De un lado, éste último necesita del Estado para crear las condiciones de generalidad y seguridad del movimiento comercial. Pero, de otro lado, el Estado adquiere un protagonismo que tiende a someter y anular la libertad e independencia de los comerciantes. Aún más, la ley positiva tiene un alcance nacional; pero la actividad comercial no cabe dentro de ella y supera las fronteras.

Esta es la razón por la que los comerciantes se resisten a una absorción de su autonomía y a una sustitución de sus costumbres por la ley positiva creada al margen de ellos. En este sentido, los llamados Tribunales del Consulado constituidos por los comerciantes en las ciudades italianas medievales para resolver sus controversias de acuerdo a la *lex mercatoria*, se prolongan hasta muy entrada la Época Moderna. Si bien es verdad que su existencia posterior está fundada en el Estado y la ley positiva que les otorga vigencia, conservan todavía suficiente autonomía como para que sus miembros sean comerciantes y la ley aplicable continúe siendo en buena parte la costumbre mercantil.

En el Perú virreinal, encontramos el Real Tribunal del Consulado que fue establecido por Real Cédula expedida por Felipe II el 29 de diciembre de 1593, pero que empezó a funcionar recién en 1613, el cual es definido como “*Tribunal de Prior y Cónsules, diputado para el conocimiento de las Causas de los Mercaderes, tocantes a su mercancía, según una ley recopilada*”⁶.

Como puede verse, la autoridad de este Tribunal le es otorgada por la Corona; sin embargo, se rige por la *lex mercatoria* (una ley recopilada) y sus miembros son elegidos por los mercaderes⁷. Es verdad que, estando el comercio exterior peruano limitado a la relación con España, este Tribunal mantiene su carácter mercantil pero pierde, por la fuerza de los hechos, su alcance supranacional. En realidad, es un híbrido que conserva una cierta autonomía de los mercaderes pero sólo por delegación del Estado, como no podía ser de otra forma dentro de un Estado moderno.

Estos Tribunales propios de los comerciantes tarde o temprano son barridos por la modernidad que proclama una sola autoridad estatal, un Derecho igual para todos los ciudadanos y un Poder Judicial como rama del Estado que detenta la hegemonía de la administración de justicia. En el Perú, el Tribunal del Consulado se mantiene hasta 1886. Pero desde entonces los litigios comerciales son vistos por el Poder Judicial común, de acuerdo al Código Civil, al Código de Comercio y a las demás leyes aplicables.

Hacia fines del S. XIX y comienzos del XX, la *lex mercatoria* tendría que haber desaparecido, los Tribunales del Consulado desactivados y el mundo tenía que ser organizado desde la perspectiva del Estado: de un lado, el Estado central como responsable del mercado interno y de la organización social de todo aquello que quede inmerso dentro de su territorio; y, de otro lado, la relación entre Estados como responsables del mercado externo y de la paz mundial. Si todavía quedaran algunas costumbres comerciales reacias a desaparecer, éstas no tenían el apoyo del Estado y, por tanto, eran poco menos que clandestinas y no contaban con posibilidades legales de ejecución forzosa.

Es así como la modernidad política asumió un desarrollo relativamente independiente de la modernidad económica,

6. Juan de Hevia Bolaños: *Curia Philipica*. En Oficina de Pedro Marín. Madrid, 1771, libro II., cap. XV, 1, p. 439.

7. *Op. cit.* Libro II, cap. XV, 4.

quizá con un punto de vista más ideológico y fundamentalista⁸; y, dentro de esa línea, sacrificó la solución pragmática de la *lex mercatoria* en aras de la noción de soberanía de los Estados y de la seguridad contractual que otorgaba la claridad en cuanto a la norma aplicable, particularmente luego de la adopción de los Códigos nacionales y de una perspectiva en mayor o menor grado positivista respecto del Derecho.

1.4 La era de la globalización

Pero este amor-odio entre el mundo de los negocios y el mundo político se hace mucho más complicado a medida que avanza el S. XX.

Aparecen un gran número de compañías que no operan localmente sino para clientes de otros países. Y surge así ese mundo cuyos protagonistas son las grandes empresas transnacionales, difícilmente sometibles a un solo ordenamiento jurídico porque realizan actividades en múltiples Estados.

Así, la situación antinómica se agrava considerablemente con la aparición de ese fenómeno insólito –resultante de un desarrollo tecnológico extraordinario en el campo de las comunicaciones y del transporte– que es llamado “globalización”.

Los comerciantes se encuentran esta vez frente al mundo: tienen que conquistar mercados ahí donde se encuentren o desaparecer. Exportar es la estrategia clave de la economía contemporánea. Para ello, los comerciantes requieren de inventiva, de agilidad de movimiento, deben arriesgar grandes capitales y lograr seguridades para sus negocios e inversiones en tierras foráneas. Pero, al mismo tiempo, su conducta comercial está entorpecida por un gran número de compartimentos estancos

8. Paulo Grossi: *Las diversas vidas del jacobinismo jurídico* (o bien: *La Carta de Niza, el proyecto de “Constitución Europea”, y las insatisfacciones de un historiador del Derecho*, en Paulo Grossi: *Derecho, sociedad, Estado. (Una recuperación para el Derecho)*, ed. cit., p. 127, et passim.

llamados Estados que sólo permiten dentro de sus respectivos territorios lo que ellos mismos deciden y que establecen, al margen del mundo comercial, acuerdos con los otros Estados que constituyen leyes internacionales positivas.

PAULO GROSSI nos dice que la globalización es “*un tiempo histórico que se caracteriza por una primacía de la dimensión económica como resultado indiscutible del capitalismo maduro*”⁹. Dice también es “*una primacía que da a las fuerzas económicas una virulencia nunca experimentada hasta ahora*”; y agrega que este dinamismo tiene “*una insuprimible tendencia expansiva*”¹⁰ y que “*El mercado aparece, como nunca, intolerante a las limitaciones espaciales*”¹¹: se trata de una actividad económica que, con el auxilio de la teleinformática, se ejerce dentro de “*un espacio virtual, en el cual es extraña, adversa y antinatural, una demarcación territorial*”¹².

El espacio homogéneo –condición de la moderna vida comercial– queda ampliado y al mismo tiempo restringido con el Derecho de la modernidad, vale decir, con el Derecho que surge con motivo de los grandes cambios políticos y sociales derivados del pensamiento liberal y de la Revolución Francesa; ese espacio alcanza ahora a la nación entera pero todavía es menor que el mundo. Y así los comerciantes, cuya actividad anuncia la postmodernidad (o la modernidad “madura”, si se prefiere), se ven obligados a sobrepasar el Derecho moderno de carácter estatal, a fin de buscar –a través de un Derecho propio, con pretensión globalizante, especializado y con un fuerte ingrediente consuetudinario– aquella homologación de relaciones jurídicas más allá de las fronteras estatales que el Derecho moderno no les brinda.

9. Paulo Grossi: Globalización, derecho, ciencia jurídicas, en Paulo Grossi: Derecho, sociedad, Estado. (Una recuperación para el Derecho), ed. cit., p. 155.

10. *Loc. cit.*

11. Paulo Grossi: *Op. cit.*, pp. 155-156.

12. Paulo Grossi: *Op. cit.*, p. 156.

1.5 Las motivaciones del nuevo derecho económico transnacional

Las nuevas fuerzas económicas pretenden liberarse de eso que Grossi ha llamado “*un orden jurídico enjaulado*”¹³ por el nacionalismo; y para ello quieren sacudirse de las Cortes nacionales para recurrir a tribunales arbitrales internacionales, así como perforar la soberanía de los Estados estableciendo normas, jurisprudencia y doctrina de carácter netamente internacional.

1.5.1 El extranjero como parte débil

Notemos, en primer lugar, que este Derecho surge como respuesta a necesidades similares –aunque dentro de un contexto radicalmente diferente– a las que dieron origen a la *lex mercatoria* medieval.

Es así como comprobamos que ese antiguo Derecho mercantil se propone en el S. XII proteger al comerciante extranjero frente a la ley local y al abuso de las autoridades del lugar.

La forma usual como operaba el comercio exterior de la Edad Media era que los comerciantes viajaran de localidad en localidad, cargados con todos sus productos, y permanecían por unos días en cada pueblo o ciudad, instalando lo que se denominaba una “*feria*”. Estas ferias eran un acontecimiento importante en la vida del pueblo porque llegaban productos extraños desde lugares lejanos traídos por personas que contaban historias exóticas de lo que habían visto en sus viajes. Por este motivo, el Real de la Feria no era un simple mercado sino un lugar de atracción donde la gente acudía a comprar pero también a aprender y hasta a divertirse. El término mismo de “*feria*” conlleva algo de esos elementos no comerciales, por cuanto en latín significa día en que no se trabaja y en el cual se realizan fiestas.

13. Paulo Grossi: *Op. cit.*, p. 158.

Por tanto, los comerciantes foráneos, sus productos e historias eran el centro de interés en los días de la feria.

Pero ese mismo protagonismo del comerciante creaba una cierta envidia en su entorno y alimentaba la codicia de alguno. Por consiguiente, podía suceder muy fácilmente que hubiera quienes quisieran estafarlo, amedrentarlo o encontrar cualquier pretexto para no pagarle los bienes adquiridos. Y en estos casos, era probable que la autoridad local se pusiera del lado del agresor que era habitante del pueblo y le diera la razón contra el comerciante forastero. Por otra parte, incluso la propia autoridad local podía verse tentada de esquilmar al extranjero exigiéndole impuestos o multas injustificadas.

En consecuencia, el comerciante extranjero se sentía en inferioridad de condiciones y necesitaba unas reglas de derecho que pudieran ser aplicadas y garantizadas por el propio gremio antes que por la autoridad local.

Notemos cómo el nuevo Derecho Internacional de la globalización considera también que el comerciante extranjero y particularmente el inversionista que viene a arriesgar sus capitales en un país que no es el suyo, se encuentra en una cierta relación de inferioridad y puede ser objeto de abusos similares –aunque en mayor escala– a los que tenían los comerciantes medievales.

Es así como el profesor THOMAS WÄLDE, de la Universidad de Dundee, Escocia, hace una distinción interesante dentro del moderno Derecho del Arbitraje entre los arbitrajes comerciales y los de inversión. Los primeros, dice,

“suponen partes más o menos iguales que llevan a cabo complicadas transacciones comerciales internacionales. El arbitraje en materia de inversiones difiere fundamentalmente del arbitraje comercial internacional: rige la situación de un inversionista extranjero expuesto a la soberanía y a las potestades gubernamentales de un Estado en materia regla-

mentaria, administrativa y de otro género. Con frecuencia, si es que no en la mayoría de los casos, el inversionista se encuentra en una situación de debilidad estructural, exacerbada por la experiencia (en especial cuando se trata de inversionistas más pequeños, empresariales)”¹⁴.

1.5.2 La homogenización del trato legal

Un segundo tema se encuentra motivado por el hecho de que al comerciante medieval no le era fácil realizar sus actividades dentro de una maraña de leyes que cambiaban de pueblo en pueblo y que eran muchas veces poco prácticas. Hasta las unidades de medida, en lo que se refiere a la dimensión de los textiles o de peso en cuanto a los granos y las especies o de volumen respecto de los perfumes y otras mercancías líquidas, variaba de pueblo en pueblo. Por eso el comerciante necesitaba construir un cuerpo normativo que fuera válido entre los comerciantes de cualquier parte y que estuviera basado en la efectividad antes que en valores abstractos, quizá muy respetables, pero que alejaban la discusión de los aspectos operativos concretos.

Es así como, por ejemplo, al Tribunal del Consulado del Virreinato se le tenía mandado que no admitiera peticiones de abogados que dilaten el proceso, ya que éste debe ser resuelto en forma “breve, sumariamente, sin dilaciones”¹⁵. Y a continuación se subraya que se entiende por “breve y sumariamente” que hay que “abreviar la causa con toda brevedad [sic], sin dilación, ni observancia de las solemnidades que por derecho positivo se requieren en la causa ordinaria”¹⁶, dando predominio a la buena fe. Y agrega que “Síguese asimismo de lo dicho que en las demandas que se pusieren en el Consulado no es necesaria forma ni solemnidades de libelo, sino que basta cualquiera simple petición”¹⁷, los términos deben ser breves¹⁸

14. Prof. Thomas Wälde: Opinión independiente de 26 de Enero de 2006, en el arbitraje realizado conforme al Capítulo XI del TLCAN y a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI: *International Thunderbird Gaming v. Los Estados Unidos Mexicanos*. Párrafo 12.

15. Juan de Hevia Bolaños: *Curia Philipica*. En Oficina de Pedro Marín. Madrid, 1771, libro II, cap. XV, 36, p. 445.

16. *Op. cit.*, libro II, cap. 25, 37, p. 445.

y no se admiten excepciones de carácter procesal “por ser sutilezas del Derecho”¹⁹.

Cualquiera que lee hoy en día estas recomendaciones y reglamentaciones del S. XVIII no puede menos que pensar que todo ello es lo que se estila actualmente en los arbitrajes comerciales o que diferencian los procesos arbitrales de los judiciales.

Por consiguiente, estas mismas preocupaciones aparecen en el Derecho contemporáneo de los negocios internacionales, donde la empresa con actividades transnacionales debe operar en diferentes países con leyes distintas y donde muchas veces el formalismo legal aleja también la solución adecuada –vale decir, efectiva– del razonamiento judicial común. Es por ello que, a través de sus diferentes fuentes e instancias, ese Derecho internacional busca uniformizar criterios más allá de las fronteras y de los Códigos nacionales, encontrar principios aplicables incluso sobre los derechos nacionales y tribunales arbitrales que se encuentren al margen de toda influencia estatal.

1.6 Las fuentes del nuevo derecho transnacional

No cabe duda de que muchas de las fuentes de ese Derecho que se aplica en las relaciones comerciales internacionales son de origen nacional.

Una de las primeras respuestas frente a los problemas que nacían con la internacionalización de las relaciones jurídicas privadas fue el desarrollo de un Derecho Internacional Privado que pretendía establecer normas que determinaran en cada caso cuál Derecho nacional era aplicable si la situación implicaba la confluencia de varios Derechos nacionales, teniendo en cuenta que

17. *Op. cit.*, libro II, cap. 25, 39, p. 446.

18. *Op. cit.*, libro II, cap. 25, 40, p. 447.

19. *Op. cit.*, libro II, cap. 25, 41, p. 447.

no existe una estructura jerárquicamente superior que pueda establecer las reglas y dirimir las contiendas sobre ley aplicable.

Claro está que el problema complicado en este método de determinación de la ley del caso es que esas normas llamadas de Derecho Internacional Privado son también ley nacional y, por consiguiente, van a tener un contenido diferente o cuando menos sus principios serán interpretados en forma distinta, según la jurisdicción nacional ante quien se plantee el caso.

Con el avance de la contratación comercial y de la inversión transnacional, se hizo usual que los contratos internacionales contengan una cláusula sobre ley aplicable. Esta ley es la de un país determinado, pero no necesariamente la ley nacional de alguna de las partes. De esta manera, en algunos casos y muy particularmente en los contratos entre empresas privadas, sin intervención del Estado, se busca la aplicación de una ley de un tercer país a fin de evitar que alguna de las partes pueda sentirse en inferioridad de condiciones en caso de que surja una controversia. Usualmente se procura determinar una ley nacional que sea particularmente competente en el área de la relación entre las partes. Es así como muchas veces las partes escogen la ley inglesa si se trata de seguros o las leyes del Estado de New York cuando se trata de relaciones comerciales.

En realidad, esta manera de transnacionalizar contractualmente la ley aplicable es muy interesante pero no siempre soluciona adecuadamente el problema. Si la controversia es entre dos grandes compañías transnacionales, indudablemente que ambas se encuentran en aptitud de contratar los abogados más capaces en relación a la ley escogida. Sin embargo, esta solución puede representar una desventaja considerable para la parte constituida por una pequeña o mediana empresa de un país en desarrollo que tiene que litigar contra una gran compañía transnacional a un costo enorme en un país que no es el suyo.

Paralelamente a estos esfuerzos privados por regular las relaciones comerciales internacionales, los Estados a su vez han suscrito tratados con el objeto de facilitar el comercio uniformando las reglas aplicables. Es así como existen tanto tratados multilaterales como bilaterales que se aplican a las relaciones comerciales y a la solución de conflictos transnacionales.

Entre los primeros encontramos, *exempli gratia*, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional o la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos para la Venta Internacional de Mercancías (CISG). Es muy interesante observar que, entre los países que forman zonas de libre comercio, se tiende a establecer leyes uniformes respecto de ciertos aspectos básicos de la relación comercial. Quizá la región que más ha avanzado en este campo es la europea donde existe una sola Ley de Sociedades Mercantiles para toda la Unión Europea, normas comunes sobre libre competencia y una Corte Europea encargada de solucionar los conflictos entre individuos y Estados desde una perspectiva comunitaria, cuando la ley de la Unión Europea es aplicable.

Entre los tratados bilaterales que establecen reglas comunes para las relaciones de empresas de dos países cabe destacar los tratados de libre comercio que usualmente señalan ciertas reglas comunes, los principios aplicables a las relaciones transnacionales de comerciantes e inversionistas de los dos países y posiblemente también establecen una jurisdicción arbitral. En este sentido, el llamado NAFTA entre Estados Unidos, Canadá y México es muy representativo.

Una consideración especial es necesaria para las normas que regulan la inversión extranjera por cuanto, como hemos señalado antes, el espíritu y condiciones de aplicación de éstas no es necesariamente similar al de las operaciones meramente comerciales.

Una peculiaridad de las relaciones de inversión es que generalmente involucran al Estado del país que recibe la inversión. En unos casos, ello se da a través de Convenios de Estabilidad Jurídica (LSA, según sus siglas en inglés) que celebra el Estado receptor con el inversionista extranjero, otorgándole garantías que lo protejan de un cambio arbitrario de las condiciones legales dentro de las que se produce la inversión. Sin embargo, en la actualidad se ha desarrollado una nueva modalidad de protección en la que, en vez de establecer un convenio directamente entre el inversionista privado y el Estado receptor, se celebra un tratado internacional entre el Estado receptor y otro Estado cuyos inversionistas nacionales tienen interés en invertir en el Estado receptor. Estos acuerdos entre Estados denominados Tratados Bilaterales de Inversión (BIT, según sus siglas en inglés) han proliferado en los últimos años formando un tejido normativo muy extendido de protecciones a la inversión transnacional sobre una base bilateral. Es interesante destacar que, en el S. XII, también las Ciudades-Estados de Italia celebraban tratados bilaterales garantizándose recíprocamente que sus ciudadanos serían tratados en igualdad de condiciones en una u otra ciudad, que podrían ejercer libremente el comercio o la industria, que tendrían el mismo acceso que los locales a jueces y cortes y, en muchos casos, establecían Tribunales de Comerciantes en los que debía resolverse con rapidez y de conformidad con la costumbre mercantil los conflictos que pudieran surgir, sin perderse en las sutilezas de la ley; y si no hubiera una costumbre aplicable, se aplicaría la buena consciencia²⁰.

Siempre en materia vinculada a la inversión, se han creado, mediante tratados entre Estados, ciertos organismos internacionales con el objeto de resolver los conflictos en materia de inversión extranjera que puedan darse entre un inversionista extranjero y un Estado. Este es el caso del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial.

20. Harold J. Berman: *Op. cit.*, pp. 343-344.

1.7 Un nuevo derecho transnacional consuetudinario

1.7.1 *La costumbre como parte integrante de Derecho Internacional obligatorio*

El fenómeno más interesante que nos encontramos en esta materia es que, detrás de ese conjunto de normas de Derecho Internacional Privado, de estipulaciones contractuales, de tratados multilaterales y bilaterales, está surgiendo un nuevo Derecho –podemos llamarlo Internacional de los Negocios o Transnacional– de carácter consuetudinario que empieza a ser reconocido por las instancias internacionales.

Así, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que:

“La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: (a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; (b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; (c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; (d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59²¹.”

Como se puede ver, esta definición incorpora definitivamente la costumbre internacional admitiéndola como parte del Derecho Internacional. Ahora bien, aun cuando dicho Estatuto limita el calificativo de “costumbre” a la práctica de los Estados generalmente aceptada como Derecho por la *opinio iuris*, incluye también como fuentes a los principios generales de Derecho, así como a las decisiones judiciales y a la doctrina. Sin embargo –y

21. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo. 38 (1).

aun cuando este punto pudiera ser materia de discusión— dado que éstas últimas no son tampoco convenciones internacionales, su acogimiento puede ser justificado asimilándolas a una suerte de costumbre jurídica internacional en sentido amplio. La alusión a las naciones civilizadas —basada en una distinción objetiva— como elemento que califica los principios generales que deben considerarse válidos, parece reconocer que se trata de principios que son culturalmente aceptables en las naciones occidentales y que, por tanto, su fuerza radica en esta aceptación común; pero este criterio es precisamente la base de la costumbre.

Esta misma definición amplia de Derecho Internacional ha sido acogida por el artículo 42 de la Convención CIADI, la que establece que los arbitrajes se regirán por la ley pactada por las partes. Si no existe tal pacto, se regirán por la ley del Estado involucrado incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y “aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”. Tanto la jurisprudencia como la doctrina ha discutido cuáles son estas normas de Derecho Internacional que pudieran ser aplicables y si lo son incluso contra las normas del Derecho nacional del Estado que es una de las partes de la controversia.

En lo que se refiere a qué se entiende por derecho internacional, el CIADI ha acogido sin lugar a dudas la definición de la Corte Internacional de Justicia, como expresamente lo señala el informe de la Comisión conformada por sus Directores Ejecutivos²². Por consiguiente, no cabe duda de que la costumbre entendida en su sentido restringido como también la costumbre en su sentido amplio —que incluye los principios generales del Derecho así como la jurisprudencia y la doctrina, en tanto que son reconocidos por los Tribunales internacionales— son aplicables adicionalmente a la ley del Estado involucrado cuando las

22. Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. 18 de marzo de 1965.

partes no han pactado la ley aplicable. Y es así como, aunque las decisiones arbitrales anteriores no constituyen precedente obligatorio, los Tribunales arbitrales CIADI las utilizan frecuentemente en casos posteriores²³. De la misma forma, dichos Tribunales utilizan las publicaciones académicas²⁴. Y todo ello forma parte del Derecho Internacional aplicable en los Tribunales CIADI porque refleja el Derecho Consuetudinario Internacional²⁵.

Sin embargo, la jurisprudencia y doctrina han ido todavía más lejos: los Tribunales CIADI y los tratadistas han considerado que el derecho internacional no sólo se aplica cuando no hay pacto expreso entre las partes sino que también interviene aun cuando las partes hayan pactado someterse a una determinada ley nacional²⁶.

Es así como el Derecho Internacional, entendido de una forma no positivista sino más bien en su producción consuetudinaria, pasa a constituir un *standard* mínimo de protección al extranjero y a sus propiedades, que no puede ser obviado en ningún caso. GUIDO TAWIL lo dice de una manera muy tajante:

“deben preservarse ciertos *standards* internacionales mínimos, aun en ausencia de una referencia al Derecho Internacional en una cláusula de opción de ley aplicable. Las normas mandatorias del Derecho Internacional que proveen un *standard* internacional mínimo de protección al extranjero, existen independientemente de cualquier elección de ley. Su naturaleza obligatoria no está abierta a la voluntad de las partes. El contrato o convenio permanece sujeto al sistema jurídico doméstico escogido por las partes. Sin embargo, esta

23. Christoph H. Schreuer: *The ICSID Convention: A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. Cambridge University Press, par. 110, pp. 616-617.

24. Christoph H. Schreuer: *Op. cit.* Par. 118, p. 617.

25. Christoph H. Schreuer: *Op. cit.* Par. 123, p. 618.

26. Cf. *el caso llamado del Oasis de la Pirámide: SPP v. Egipto*. Laudo de 20 Mayo 1992, 3 ICSID Reports, 189.

elección es verificada por un cierto número de reglas internacionales mandatarias...²⁷.

Por su parte, CHRISTOPH SCHREUER advierte que si el pacto de ley municipal aplicable excluyera la aplicación del Derecho Internacional, "Esto significaría que un inversionista extranjero, simplemente por el hecho de pactar una ley aplicable, estaría renunciando a los mínimos *standards* de protección a los extranjeros y a sus propiedades desarrollados en el Derecho Internacional Consuetudinario".

1.7.2 La flexibilidad de un orden jurídico consuetudinario

Es interesante notar que dado que estamos ante el resurgimiento de un Derecho no estatal –es decir, que no es la consecuencia del *imperium* de un Estado ni tampoco es necesariamente un acuerdo entre Estados– sino más bien los productores de este nuevo Derecho son muy variados.

En realidad, los generadores de las prescripciones de este Derecho internacional consuetudinario no son legisladores (cuya existencia es sólo posible tomando como referencia un Estado con su potestad de dar leyes) sino que sus autores resultan ser los propios usuarios de este orden jurídico *sui generis*: redactores de contratos cuyos textos se van haciendo generalmente aceptados; instituciones financieras que van desarrollando instrumentos de pago o de crédito aceptables por los operadores de diferentes países, independientemente del Derecho municipal; sentencias expedidas por Tribunales constituidos directamente por los gremios que operan en el área comercial cuyo contenido es asimilado como precedente para los casos futuros.

27. Guido Santiago Tawil: *Applicable Law, Dispute Settlement*. Module 2.6. International Centre for Settlement of Investment Disputes. United Nations Conference on Trade and Development. United Nations, 2003, p. 10.

Este nuevo Derecho tiene un fuerte ingrediente técnico que proviene del mundo de los negocios y que, por tanto, ello permite una participación muy importante de quienes conocen y utilizan esas técnicas. Es así como podemos ver acuerdos internacionales ajenos a los Estados que surgen dentro del medio mercantil, como los INCOTERMS o los Usos y Reglas Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, ambos desarrollados por la Cámara de Comercio Internacional de París.

Pero también el carácter no legislativo –no político– de este Derecho permite una revaloración del jurista y de su papel social.

En realidad, los juristas habían sido oprobiosamente postergados por el Estado moderno debido a que no se les permitía tener participación en la creación del Derecho: sólo el Estado es creador porque sólo el Estado tiene el poder político para hacerlo y sólo el Estado tiene el poder coercitivo para obligar que se cumpla lo que él manda.

En esta forma, la ley no era ya creada necesariamente por juristas sino por políticos en el Congreso, sean éstos juristas o no; ya la condición de ser jurista no era relevante para producir normas obligatorias.

Por su parte, los jueces tenían por función ser simplemente los megáfonos de la ley; debían encargarse únicamente de “decir” el Derecho frente a un caso concreto, esto es, de aplicar el mandato del Estado *ad pedem litteram*, evitando toda interpretación. Interpretar era considerado una suerte de mal inevitable dada la flaqueza intelectual de algunos legisladores que no dejaban las cosas claras. Y por eso se esgrimía agresivamente ese brocardo aberrante que dice “*in claris non fit interpretatio*”. ¿Cómo se puede hablar de claridad en Derecho cuando dos litigantes de buena fe entienden la aplicación a su caso de la misma norma legal en sentido exactamente contrario?

Y los juristas académicos, los tratadistas, quedaban relegados a practicar solamente la exégesis, es decir, a extraer el significado intrínseco de la ley políticamente impuesta sin permitirse interpretación alguna, a poner de relieve lo que la norma ya dice sin atreverse a tocar en lo menor el texto sagrado aprobado por los nuevos sacerdotes del Derecho que eran ahora los políticos.

Sin embargo, hoy aparece en las relaciones transnacionales un nuevo Derecho, más a tono con la globalización, que precisamente cuestiona toda la arquitectura política del Derecho moderno, desvinculando la noción de orden jurídico del poder político.

Ya no son los Estados quienes crean la ley internacional sino la actividad efervescente de los propios actores privados. Es la actividad económica que asume la responsabilidad de regularse a sí misma bajo la guía de los abogados. Porque no cabe duda de que los juristas tienen un papel preponderante en este proceso de rejuvenecimiento del Derecho, ya sea actuando como árbitros, como abogados ante tribunales arbitrales o como académicos que analizan, expanden, afinan y hacen concordar la producción jurídica no estatal.

1.7.3 El problema de la coerción

Una pregunta importante es: ¿qué fuerza coercitiva pueden tener estas normas heterodoxas, que no se apoyan en una organización estatal?

La idea central es que nos conviene vivir en un mundo donde en general las cosas funcionan, las promesas se cumplen y se vive dentro de un orden.

No estoy presuponiendo aquí una civilización "buena", en la que el hombre actúa en razón de ciertos valores quizá hasta religiosos que habrían sido internalizados en la mayor parte de los seres humanos. ¡Nada de eso!

Me refiero a una civilización “mala” –dicho en categorías moralizantes; quizá es más neutro llamarla realista– donde los hombres actúan en función de sus intereses personales, pero al mismo tiempo constituyen una civilización “racional”, en la que los individuos tienen consciencia de que el desorden y la obtención brutal del interés privado, aunque parezca convenir a los más fuertes, termina reduciendo el provecho de todos y cada uno. De esta manera, la sociedad más libre –más desordenada, para decirlo de manera propia– en la que cada individuo busca irracionalmente su propio interés, es también la sociedad en la que cada hombre obtiene menos provecho, es decir, logra menos de lo que quiere; por tanto, es aquella en la que el hombre es menos libre.

Por ese motivo, el hombre racional toma consciencia de que el orden es requerido en función de su propio interés: no de un ideal altruista o moralista, no en nombre de una solidaridad humana (que siempre es deseable por otras razones), sino como un instrumento de la libertad individual y del interés propio, instrumento exigido no por el sentimiento sino por la razón que nos enseña a maximizar, a través del orden, nuestro propio provecho individual.

Esto lo explicó muy bien HOBBS hace casi doscientos años. Pero fue muy mal entendido. Tanto los moralistas como los cínicos distorsionaron sus ideas y las llevaron sea al totalitarismo, sea a una apología del egoísmo inaceptable moralmente, pero además –como el propio HOBBS lo demuestra– absolutamente irracional, contradictoria en sí misma y conducente a una anarquía suicida. Simplemente, no entendieron las virtudes del realismo hobbesiano. Según HOBBS, el hombre natural –es decir, quien todavía no ha sido organizado por el Derecho– actúa en función de sus apetitos que lo atraen hacia ciertos bienes y circunstancias y sobre la base de sus aversiones que lo alejan de otros. El apetito fundamental es el deseo de obtener cada vez más poder, es decir, más capacidad de acción. De ellos sus detractores concluyen que el hombre sería, según HOBBS, un

egoísta supremo. Pero sucede que el mismo Hobbes indica que si el hombre no tuviera otra facultad natural adicional que es la razón –que se encarga de crear un orden y de liberar a la humanidad de Leviatán, es decir, del caos– cualquier interés individual sería destruido debido al desorden del estado natural. Por consiguiente, no puede entenderse el apetito de poder sin contar paralelamente con esa facultad terapéutica que sería la razón.

Por consiguiente, el mundo hobbesiano no está poblado de monstruos egoístas que persiguen ciegamente su interés aplastando a quien se encuentre en su camino sino de seres racionales que tienen ciertos objetivos individuales y que comprenden que para lograrlos deben organizarse en un orden. Sin ese orden, decía HOBBS, la libertad (el apetito de poder) se encuentra perjudicada porque al tratar todos a la vez de conseguir las mismas cosas terminan simplemente peleando al más bajo nivel y, lejos de aumentar sus posibilidades de elección, éstas disminuyen. Si dejamos actuar a la libertad sin ningún tipo de regulación “no habrá propiedad, no habrá dominio, no habrá distinción entre lo tuyo y lo mío”²⁸. Y en tal condición, agrega

“no hay lugar para la industria porque no se tiene seguridad sobre el fruto del trabajo; y, consecuentemente, no hay cultura [...]; no hay conocimiento sobre la faz de la tierra; no hay una toma de consciencia del tiempo; no hay artes; no hay letras; y, lo que es peor de todo, hay solamente miedo permanente y peligro de muerte violenta; y la vida del hombre es solitaria, pobre, sucia, brutal y corta”²⁹.

Paradójicamente entonces, según HOBBS, la regulación y el orden no recortan la libertad y la capacidad sino más bien la liberan de trabas y la posibilitan a niveles superiores de la acción humana.

Es de esta manera que la auto-regulación y el orden social pueden ser entendidos como manifestaciones inteligentes de la

28. Hobbes: *Leviathan*. Parte primera, cap. XIII, párraf. 13.

29. Hobbes: *Leviathan*. Parte primera, cap. XIII, párraf. 9.

libertad. La coerción estatal es un elemento todavía fundamental –¡no cabe duda!– para todo orden jurídico. Pero también es cierto que paralelamente se organiza un orden jurídico no estatal, con alcances transnacionales, que trae una fuerza propia. Esta fuerza independiente tiene su base tanto en la racionalidad de la acción humana como también en el costo político y económico que representa el desprestigio de un Estado que no cumple con los principios, convicciones comunes y compromisos que forman parte de la vida económica moderna.

1.7.4 *Los grandes principios del Derecho internacional consuetudinario de los negocios*

Este nuevo Derecho internacional (o transnacional) ha ido desarrollando una serie de temas específicos, como puede apreciarse en la jurisprudencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial y en la jurisprudencia de la Cámara de Comercio Internacional de París.

Sin embargo, más allá de los aspectos puntuales, ambos organismos internacionales dan cuenta de ciertas bases o principios que serían comunes a toda controversia transnacional.

La idea de que el Derecho contiene, ante todo, ciertos principios organizadores que permiten sugerir las grandes vías por donde deben encontrarse las soluciones de cada caso concreto, es probablemente una conquista del Derecho romano, en tanto que primer sistema jurídico que, sin perjuicio de su carácter práctico, intenta encontrar ciertos principios que respalden su casuística.

Es conocida la frase de PAULO, quien afirma que *“non ex regula ius summatur sed ex iure quod est regula fiat”*³⁰. Esto es, el

30. Paulus, Digesto, 50, 17, 1

orden jurídico no es una mera sumatoria de reglas imperativas (*regula summatum*) sino que surge del Derecho (*ex iure*) que es lo que legitima y da nacimiento a las normas. De esta forma, los principios generales que conforman el Derecho dan nacimiento y justifican el cuerpo normativo; no al revés.

Es indudable, sin embargo, que muchas veces las reglas creadas por la autoridad política a su arbitrio no toman en cuenta los principios del Derecho. Pero entonces corresponde a la comunidad jurídica estudiar sus posibles puntos de conexión con tales principios e interpretarlas de manera que no colisionen esos elementos constructivos básicos sino que, por el contrario, contribuyan a reforzarlos a fin de conservar la sistematicidad del orden normativo que constituye la base de lo que denominamos Derecho desde la época romana. Dar leyes es quizá (no estoy tan seguro) labor de los políticos; pero organizarlas con un sentido coherente, concordando unas con otras a la luz de los principios generales del Derecho es la labor de los juristas, sean éstos ocasionalmente legisladores, sean jueces o árbitros, sean juristas académicos.

Además de este orden jurídico organizado "*top-to-bottom*"³¹, para usar la expresión de H.L.A. HART, encontramos un sistema diferente de establecer normas obligatorias que podríamos denominar "*bottom-to-top*". Este es el caso cuando la creación de la norma se da por los jueces a través de los precedentes, como en el *common law*. Una vez establecido un precedente, éste tiene el mismo carácter de norma que una ley en razón del principio *stare decisis*; y, por tanto, recibe el apoyo del aparato político para ponerlo en práctica. Pero aquí, una vez más, los juristas (jueces, árbitros, abogados) que deben utilizar posteriormente las reglas así creadas, en la argumentación que realicen con ellas tendrán que organizarlas lógicamente, confrontarlas con los principios generales del Derecho y darles luego un sentido aceptable, procurando encontrar una concordancia entre todo ello.

31. H.L.A. Hart: *The Concept of Law*. At Clarendon Press, Oxford, 1961, p. 42.

Los principios generales del Derecho no son, pues, figuras celestiales que brillan eternamente desde el Paraíso de los juristas. Son, más bien, construcciones históricas que responden a los valores, intereses y necesidades de una determinada cultura. Asimismo, esos principios acentúan más unos aspectos que otros según los tipos de relación jurídica a los que se aplican. De esta manera, los principios generales del Derecho transnacional pueden incluir criterios que no están presentes en el Derecho nacional.

Quizá el elemento central de los principios generales aplicables en Derecho transnacional es el de la buena fe, el cual aparece claramente establecido por la Convención de Viena sobre los Tratados, donde se prescribe que un tratado debe ser interpretado en buena fe, de acuerdo al sentido ordinario de los términos, teniendo en cuenta su objeto y su propósito.

Si bien la regla citada se aplica al Derecho Internacional Público –esto es, al que rige las relaciones entre dos o más Estados a través de tratados– no cabe duda de que esas normas promueven muchas reflexiones en otros campos de la relación transnacional y dan así lugar al nacimiento de instituciones o *standards* de carácter insoslayable para la correcta interpretación de los contratos internacionales entre partes privadas o entre un Estado y una parte privada extranjera.

Asimismo, la distinción antes indicada entre el Derecho Internacional Comercial común y el Derecho Internacional de la Inversión crea variantes y desarrollos del principio de la buena fe que pueden ser aplicados al segundo pero no necesariamente al primero. Y ello obedece a que, mientras el Derecho internacional comercial coloca uno frente a otro a dos comerciantes que quieren hacer negocios y se seducen recíprocamente, en el caso del Derecho de la Inversión extranjera es un Estado quien seduce a los particulares para que inviertan dentro de sus fronteras, ofreciéndoles toda clase de seguridades. Como dice WÄLDE,

“En el arbitraje comercial no está en juego el abuso de potestades gubernamentales, que constituye, en cambio, un aspecto medular de las normas sobre adecuada gestión previstas en los tratados de protección de inversiones. De lo que se trata es de impedir que un gobierno abuse de su papel como soberano y regulador”³².

Esto da lugar a que en el arbitraje internacional comercial, por ejemplo, el principio de la buena fe se expresa a través del criterio de *caveat emptor* y exige la debida diligencia del comprador, a fin de evitar perturbaciones del mercado sobre la base de continuas reclamaciones por parte de los compradores una vez que tienen en su poder el bien adquirido. En el arbitraje transnacional de inversión, ese principio de buena fe se manifiesta fundamentalmente en el respeto del Estado receptor de las promesas que realizó para atraer la inversión extranjera y se plasma en los *standards* del trato correcto y equitativo (*fair and equitable treatment*), el respeto a las expectativas legítimas (*legitimate expectations*), y el rechazo a la confiscación de bienes y, muy particularmente, a la confiscación indirecta (*creeping expropriation*).

Una consecuencia fundamental de que estos conceptos constituyan principios generales del Derecho Internacional, basados en la costumbre, es que pueden ser aplicados aun cuando no hayan sido expresamente pactados en un Convenio de Estabilidad Jurídica o en un Tratado Bilateral de Inversiones. Tienen fuerza normativa propia. Y es también por ello que constituyen parte de un “*standard* mínimo” en las relaciones entre un Estado y un particular de otra nación en lo relativo a inversión.

Revisaré brevemente los tres *standards* fundamentales del Derecho Internacional de la Inversión, a fin de situar de manera más concreta el campo al que se refiere este ensayo.

32. Prof. Thomas Wälde: *Opinión independiente* de 26 de Enero de 2006, en el arbitraje realizado conforme al Capítulo XI del TLCAN y a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI: *International Thunderbird Gaming v. Los Estados Unidos Mexicanos*, Párrafo 13.

1.7.4.1 El trato correcto y equitativo

Esta institución o *standard* se deriva de la buena fe y tiene una historia dentro del Derecho Internacional consuetudinario e incluso dentro de ciertos Derechos nacionales³³. Pero en los últimos años ha tenido un importante desarrollo sobre todo dentro del Derecho Internacional de la Inversión.

El principio prescribe un trato correcto y equitativo –la palabra del inglés “*fair*” no tiene una traducción precisa en español– lo que implica que el inversionista reciba, a lo largo de las relaciones establecidas con el Estado receptor en el marco de su inversión, un tratamiento imparcial, honesto, sin arbitrariedad ni discriminación, proporcionado a lo pactado y a las legítimas expectativas, regido por un criterio de justicia amplio (equidad).

Con el desarrollo del Derecho Internacional de los negocios, este principio ha pasado a constituir “*el standard más importante en las controversias sobre inversión*”³⁴. Uno de sus aspectos supone la estabilidad jurídica, i.e., el mantenimiento de un entorno jurídico para la inversión fundado en la seguridad jurídica, que permita una predicción racional, sin sobresaltos ni *impromptus*. Por ejemplo se atenta con este principio cuando el Estado receptor de la inversión vacía las vísceras de un convenio de inversión a fin de darle al texto un sentido completamente contrario al normalmente esperado.

Dicho *standard*, si bien es por naturaleza uno de los principios generales del Derecho Internacional usualmente aceptados y, por tanto, tiene un origen consuetudinario, ha sido incorporado también en muchos Tratados Bilaterales de Inversión ya sea como parte del Preámbulo, ya sea como parte de las estipulaciones mismas del Tratado. Este hecho no “positiviza” el *standard*

33. Richard R. Kreindler: *Fair and Equitable Treatment – A Comparative International Approach*. Transnational Dispute Management (TDM). www.transnational-dispute-management.com, Junio 2006, p. 1.

34. Christoph Schreuer, *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, 6 JWIT 357, June 2005, p. 357.

–vale decir, no cambia su naturaleza principista, otorgándole valor sólo en tanto que norma positiva– sino que simplemente lo reconoce como principio y garantiza su uso en el razonamiento entre las partes y por los tribunales arbitrales. Es por ello que usualmente no se lo define sino que su mención positiva es sólo una referencia obligatoria a un principio de Derecho Internacional cuya definición se encuentra en esa costumbre formada por las prácticas y usos internacionales, la jurisprudencia y las opiniones de los tratadistas.

La expresión “*fair and equitable treatment*” tiene un sentido amplio. Sin embargo, como señala IOANA TUDOR, algunos Tratados Bilaterales de Inversión intentan no definir el concepto pero cuando menos ejemplificarlo con ciertos casos que sin duda constituyen una violación, tales como las restricciones de hecho o de derecho a la compra o transporte de materias primas o materiales auxiliares, de energía y de combustibles, así como de medios de producción o de explotación de toda clase, toda traba a la venta y al transporte del producto al interior del país o al extranjero, y todas las demás medidas que tengan un efecto análogo³⁵.

Un elemento sin duda especial de este *standard* es la prohibición de toda discriminación entre nacionales y extranjeros, así como entre nacionales de un país extranjero y los de otro país extranjero.

No cabe duda –y si la hubo antes, ésta ha sido descartada por la jurisprudencia internacional– que la palabra “equitativo” en la definición de este *standard* no significa que se autoriza al juzgador a decidir las controversias *ex aequo et bono*; particularmente, en el caso de los arbitrajes, si éste ha sido pactado de derecho no puede ser resuelto en vía de equidad aduciendo el *standard* mencionado. En realidad, el adjetivo “equitativo” (*equi-*

35. Ioana Tudor: *Great Expectations. The fair and equitable treatment's standard in the International Law of Foreign Investment*, tesis doctoral bajo la supervisión del Prof. Pierre-Marie Dupuy. European University Institute, Departamento de Derecho. Florencia, 2006, p. 168.

table) es utilizado en este caso en un sentido menos técnico, a partir de su derivación directa del latín donde evocaba la idea de "igual, en igualdad de condiciones"³⁶.

¿Significa esto, entonces que las calificaciones de "correcto" (*fair*) y "equitativo" (*equitable*) son redundantes? IOANA TUDOR hace una interesante distinción que salva el uso de ambas calificaciones como determinantes del *standard*. La expresión "*fair*", nos dice, tiene un sentido fundamentalmente descriptivo, que indica el tipo de conducta que debe primar en el trato entre el Estado receptor y el inversionista y cuya desviación implica una infracción jurídica. La expresión "*equitable*" va más lejos, porque tiene además una finalidad correctiva: orienta al juzgador en el sentido de restablecer el equilibrio, lo emplaza a volver a colocar la relación entre las partes en condiciones de igualdad³⁷.

1.7.4.2 Legítimas expectativas

El respeto por las expectativas legítimas del inversionista se basa en que el Estado receptor hace normalmente declaraciones sobre las condiciones de la inversión extranjera, las que pueden ser formalmente vinculantes (como en el caso de las normas legales que expide al respecto o de los convenios que suscribe con los inversionistas) como pueden también ser declaraciones formalmente no vinculantes pero que crean la atmósfera de entendimiento con el inversionista extranjero. Y es como consecuencia de tales declaraciones que el inversionista puede calcular su interés de realizar la inversión y que se hace expectativas legítimas sobre la forma como será tratado y sobre lo que obtendrá como resultado.

Por lo tanto, dice el Prof. WÄLDE,

36. Raimundo de Miguel: Nuevo Diccionario Latino-español Etimológico. 9ª ed. Agustín Jubera. Madrid, 1889. "*Aequus: llano, igual, plano*". Cf. Lucrecio: "*ex aequo: de la misma manera*"; y Séneca: "*in aequo esse*" o "*in aequo stare*" por "*ser igual, estar en las mismas condiciones*".

37. Ioana Tudor: *Op. cit.*, p. 173.

“los textos jurídicos y la situación fáctica pertinentes deben verse a la luz del estrecho vínculo existente entre promoción de inversiones –tendiente a lograr que los empresarios extranjeros aporten su capital y sus esfuerzos a una situación nueva, extraña e intrínsecamente difícil y de alto riesgo– y protección de inversiones, es decir, la protección contra el riesgo gubernamental que ofrecen los tratados de inversiones, para hacer más atractiva a la economía del Estado receptor”³⁸.

De esta manera, en el arbitraje de inversión, la buena fe exige que la interpretación se realice *in dubio pro investore*, considerándolo como la parte más débil de la relación, sometida a las actitudes cambiantes del Gobierno que hizo las promesas o celebró los contratos que alentaron la inversión. En buena cuenta, interpretar en caso de duda contra el Estado receptor es una forma contemporánea de aplicar el principio *in dubio contra proferentem*.

No cabe duda de que, derivado este principio del más genérico de la buena fe, tiene estrecho parentesco con el *standard* del tratamiento correcto y equitativo, constituyendo parte de ese *standard* mínimo que exige el Derecho Internacional al Estado receptor de la inversión. Francesco Costamagna, comentando el laudo del Tribunal de CIADI en el caso CMS v. Argentina, señala que el Tribunal fue tan lejos que llegó a afirmar que la conexión entre tratamiento correcto y equitativo y la estabilidad, *i.e.*, el respeto por las legítimas expectativas del inversionista, “no es diferente del *standard* mínimo del Derecho Internacional” y que así podía decirse que había adquirido una naturaleza consuetudinaria³⁹.

38. Prof. Thomas Wälde: Opinión independiente de 26 de Enero de 2006, en el arbitraje realizado conforme al Capítulo XI del TLCAN y a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI: *International Thunderbird Gaming v. Los Estados Unidos Mexicanos*. Párrafo 13, citando al Banco Mundial, Informe sobre el desarrollo mundial 2005, 175-185.

39. Francesco Costamagna: *Investor's Rights and State Regulatory Autonomus: the Role of the Legitimate Expectation Principle in the CMS v. Argentina Case*. Transnational Dispute Management (TDM), www.transnational-dispute-management.com. Marzo 2006, p. 8. *CE CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/8, Laudo de 12 de Mayo 2005, 44 ILM 1205 (2005). párr. 284.

Es interesante destacar que las legítimas expectativas son importantes para calcular la compensación por daños y perjuicios en los casos de violación de los acuerdos de inversión o del *standard mínimo* de protección que otorga el Derecho Internacional.

Claro está que, como subrayan los PROF. THOMAS WÄLDE Y BORZU SABAHİ, el principio de la expectativa legítima no puede tomarse como una sustitución de un compromiso formal legalmente válido. Este principio no conduce al “interés positivo” que podría haber existido en un futuro contrato que nunca tuvo lugar sino más bien a cubrir el “interés negativo” constituido por lo que dejó de ganar debido a una conducta no razonable y muchas veces directamente contraria a lo prometido por el Estado receptor⁴⁰.

Sin embargo, agrega el PROF. WÄLDE, los tribunales deben prestar gran atención a los factores que pudieran llevar a una reducción de la compensación, tales como las posibilidades que tenía el inversionista de reducir el daño o el riesgo⁴¹.

1.7.4.3 *La no confiscación de los bienes de un extranjero*

El tercer principio internacional que debemos mencionar como parte del Derecho Internacional consuetudinario relativo a las inversiones es el que se refiere a la prohibición de confiscar los bienes de los extranjeros, entendiendo por este concepto la toma de los bienes arbitrariamente, discriminatoriamente y/o sin compensación o con una compensación minimizada.

En general, la doctrina internacional utiliza más bien la palabra “expropiación”, pero –para incurrir en la violación del principio– la condiciona a que la propiedad haya sido tomada

40. Thomas Wälde y Borzu Sabahi: *Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law*. Transnational Dispute Management (TDM). www.transnational-dispute-management.com , Junio 2006, p. 36.

41. *Loc. cit.*

sin el debido proceso, sin causa justificatoria o en razón de una causa que no hubiera sido válida frente a un nacional del país (discriminación) y/o que la compensación ofrecida no sea justa. Dentro de la terminología jurídica que utilizamos en el Perú, esto constituye una confiscación y tiene un carácter anticonstitucional, a diferencia de la expropiación que es un procedimiento legal sujeto a ciertas formalidades y circunstancias.

Esta regla internacional de la no expropiación (confiscación) de los bienes de extranjeros, dice GEORGE M. VON MEHREN⁴², es tan antigua como el Derecho Internacional. Sin embargo, recientemente se ha expandido en forma considerable para seguir de cerca los modernos sistemas de apropiación por parte de los Estados de los bienes de los inversionistas extranjeros.

Una condición básica para entender que se ha infringido el principio internacional aún si se ha seguido un debido proceso y se ha previsto una compensación adecuada, es que el inversionista extranjero haya sido tratado diferentemente del nacional sólo por el hecho de ser extranjero. En otras palabras, en tal hipótesis, si las leyes de expropiación aplicadas al caso o el proceso de facto o si por interpretación de una ley se discrimina entre extranjeros y nacionales aplicando la expropiación sólo los extranjeros por ser tales, la reclamación internacional es posible.

Sin embargo, aún si la expropiación fuera común a extranjeros y nacionales, el extranjero todavía podría recurrir a las garantías del Derecho Internacional, si se han burlado los derechos y procedimientos reconocidos por "las naciones civilizadas"⁴³, lo que es parte del *standard* mínimo a nivel internacional.

42. George M. von Mehren: *Expropriation in Complex Cases Pursuant to Generally-Applicable Laws and Regulations*. Transnational Dispute Management (TDM). www.transnational-dispute-management.com. Junio 2006, p. 36. Al hacer esta cita, hoy 30 de Diciembre de 2006, quiero rendir homenaje al padre del autor del ensayo citado, el eminente Prof. Arthur Taylor von Mehren de la Universidad de Harvard, de cuyo fallecimiento acabo de enterarme, a quien tuve el honor de conocer personalmente y escuchar algunas de sus brillantes clases cuando estuve de *visiting scholar* en Harvard Law School en 1972.

43. Expresión utilizada por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 38.

Hay un caso más complicado de expropiación-confiscación que merece una mención especial y es lo que en inglés se conoce como "*creeping expropriation*". Algunos han traducido esta expresión como "expropiación sigilosa", pero su traducción literal –bastante más gráfica– sería más bien "expropiación rastrera", es decir, una apropiación por el Estado que no se presenta directamente como expropiación sino que viene arrastrándose para pasar desapercibida, utilizando mecanismos que no son directamente una expropiación pero que indirectamente tienen los mismos efectos.

Esta expropiación indirecta puede darse en forma inmediata; por ejemplo, mediante una acotación descomunal de impuestos que lleva al embargo de los activos más importantes de la empresa, en forma desproporcionada e infundada, con infracción de los convenios de estabilidad suscritos entre el inversionista y el Estado receptor o de los Tratados Bilaterales de Inversión. Pero también puede tratarse de una expropiación progresiva en la que, a través de medidas administrativas o tributarias o de cualquier otro tipo, se va poco a poco debilitando a la empresa extranjera (o a su filial nacional) hasta obligarla a rendir sus activos básicos, esto es, una expropiación (o mejor, confiscación) que no se produce con una sola puñalada sino mediante mil pequeños cortes.

Algunos han llamado "descremación" a este tipo de expropiación o confiscación, por cuanto le quitan "la crema" a la inversión: se trata de uno o varios actos sucesivos que afectan el valor de la empresa y la posibilidad de operación normal, tales como la obligación de obtener unas licencias cuyas condiciones son imposibles o extraordinariamente onerosas o la aplicación de impuestos existentes pero en forma contraria a los Convenios de Estabilidad Jurídica (la violación del convenio puede aquí también ser directa o indirecta).

Un ejemplo de esta *creeping expropriation* lo encontramos en el caso *Metalclad Corporation v. Los Estados Unidos Mexicanos*

donde el Tribunal Arbitral en su laudo de 30 de Agosto de 2000 define la expropiación no solamente como una abierta apropiación de bienes sino que incluye "las interferencias, aún encubiertas e incidentales en el uso de la propiedad, que tienen el efecto de privar a su dueño, en todo o en una parte significativa, de uso o del beneficio económico de la propiedad razonablemente esperado, aún si no es necesario para considerar estos hechos como una expropiación] el beneficio obvio del Estado receptor"⁴⁴.

1.8 ¿Lex mercatoria rediviva?

Esta presencia tan notable de la costumbre dentro del actual Derecho Internacional de los Negocios, ¿permite hablar de una resurrección de la *lex mercatoria*? ¿Estamos ante el caso de un tipo de Derecho que, habiendo sido proscrito y sustituido por el orden jurídico moderno, ha salido de la tumba y, levantando la lápida textual, codificada, positivista, regresa para reclamar sus derechos a la existencia?

La respuesta no puede ser categórica. De alguna manera, estamos ante un renacer de la *lex mercatoria*; de otra manera, estamos ante un Derecho nuevo.

Y ello en parte obedece a que quienes hablan de *lex mercatoria*, sea para apoyarla, sea para rechazarla, no están siempre hablando de lo mismo⁴⁵. Por ello se hace necesario precisar en cuál de los sentidos que se aplican a este término podemos encontrar una continuidad con el Derecho medieval y en cuál de esos sentidos la *lex mercatoria* contemporánea no existe o, cuando menos, tiene una naturaleza enteramente distinta de la medieval.

44. CIADI: *Metalclad Corporation v. Los Estados Unidos Mexicanos*. Caso No. ARB(AF)/97/1. Laudo de 30 Agosto 2000, párr. 103.

45. W. Laurence Craig, William W. Park y Jan Paulsson: *International Chamber of Commerce Arbitration*. 3a ed. Oceana Publications. Dobbs Ferry, NY., 2000, § 35.01, p. 623.

Si por *lex mercatoria* entendemos el uso, en la solución de conflictos transnacionales en materia comercial, de una costumbre internacional que surge de diversas fuentes (usos, jurisprudencia, doctrina) y que los tribunales arbitrales internacionales aplican, podríamos decir que estamos efectivamente ante una *lex mercatoria*.

Podemos incluso encontrar ciertas semejanzas en el espíritu de esta *lex* contemporánea con la *lex* medieval. En este sentido, puede decirse que ambas surgen de forma relativamente independiente del poder político, ambas pretenden ordenar las relaciones de los comerciantes (en el sentido amplio del término, como persona o empresa que hace negocios, efectúa inversiones, etc.) tanto entre sí como con los Estados en los que actúan, ambas se proponen proteger al comerciante extranjero frente al abuso del poder político local, ambas desarrollan conceptos e instituciones para manejar de manera más adecuada las relaciones comerciales a distancia.

Sin embargo, una y otra son el producto de un medio económico y social fundamentalmente diferente.

Mientras que la *lex mercatoria* medieval es el producto de una manifestación temprana del comercio internacional, cuando se encontraba todavía *in cunis involutus*, el desarrollo de la costumbre comercial transnacional de nuestros tiempos es el resultado de la necesidad de soluciones jurídicas nuevas que provienen de ese fenómeno único que es la globalización. No es posible comparar las relaciones económicas de la Edad Media con las del mundo contemporáneo, ni en el volumen de las operaciones ni en la naturaleza de éstas ni en los medios técnicos para financiarlas y realizarlas. El mundo económico internacional de nuestros días no se limita a ferias ambulantes que traen un limitado número de mercancías y cuyo objeto de comercio consiste básicamente en productos superfluos (sedas, perfumes, especias, etc.). En la actualidad, el mundo se encuentra entrelazado económicamente a través de la producción y distribución de todos los

productos necesarios para la vida humana: la economía de autoconsumo e incluso el mercado local no significan gran cosa dentro de este contexto. Basta con tomar un objeto cualquiera en la mano y pensar en todos los países que de alguna manera han contribuido a su fabricación (tanto en sus materias primas como en su tecnología y en las máquinas e instrumentos necesarios para producirlo) para comprender que el mundo entero está presente en cada artículo que usamos en cada momento de nuestra vida.

Por consiguiente, si pensamos –como creo que es inevitable– que el Derecho es el resultado de la Historia, la que lo va modelando y transformando conforme evolucionan las culturas, los valores en los que creen los pueblos y las necesidades que éstos tienen de un tipo de orden determinado para un sistema social y económico determinado, tenemos que llegar a la conclusión de que estamos ante un nuevo Derecho consuetudinario con características propias. En este caso, tendríamos que abandonar la tesis de una resurrección de la *lex mercatoria* medieval. Y si, por una cuestión de romanticismo, no queremos perder un nombre con tanta tradición, tendríamos que redefinir lo que es la *lex mercatoria*, dejando solamente unos elementos muy genéricos de identificación a fin de que tal denominación pueda comprender tanto el pasado como el presente sin sacrificar uno al otro.

Sin embargo, siguiendo el consejo clásico "*Res, non verba*", debemos preocuparnos antes por el concepto del cual estamos tratando que por el nombre con el cual lo reconoceremos si es antiguo o lo bautizaremos si es nuevo. Esta amena discusión sobre la *lex mercatoria* sólo será aceptada como un tema importante para el arbitraje internacional si para estudiarla comenzamos por sumergirnos *in media res*.

2. LEY INTERNACIONAL Y LEY NACIONAL

2.1 Lex mercatoria y globalización

En la primera parte de este ensayo⁴⁶, habíamos concluido que se podía denominar *Lex mercatoria* a ese nuevo Derecho Internacional de los Negocios como una memoria del pasado; pero a condición de tener muy claro que ese Derecho Internacional al que nos referimos hoy en día tiene un origen propio en las circunstancias de nuestro tiempo y, de otro lado, abarca un campo bastante mayor que el del intercambio internacional de bienes y servicios.

Notemos que, en lo que se refiere al origen, estamos ahora frente a un producto de la globalización. No se trata de regular la actividad complementaria y esporádica de unos comerciantes viajeros que se aparecen de tiempo en tiempo por el pueblo con mercaderías exóticas sino de regular un sistema mundial de relaciones económicas que se ha convertido en el soporte de toda la economía y cuyo funcionamiento regular es una condición para la satisfacción de las necesidades de prácticamente todo ser humano. Y la prueba es muy sencilla: si tomamos cualquier objeto y examinamos cuantos países están representados en él a través de sus insumos, de sus procesos de fabricación, de los insumos de las maquinarias que se utilizaron para fabricarlos, etc. veremos que nadie vive por su cuenta y en aislamiento, nadie se abastece a sí mismo, sino que requerimos del mundo que nos rodea.

En lo que se refiere al contenido, hoy en día ese nuevo Derecho comprende no sólo la regulación jurídica de los intercambios internacionales de bienes y servicios sino también –y en forma muy destacada– la inversión extranjera.

46. *Supra* I-8. *Lex mercatoria rediviva?*

Sin embargo, no cabe duda también de que hay ciertas similitudes con la antigua *Lex mercatoria*: su característica de Derecho consuetudinario, su protección al extranjero, la simplificación de los procedimientos y el tratamiento conceptual a partir de hechos concretos a partir de los cuales se establecen principios generales y no de teorías puramente formales de las cuales se deducen preceptos abstractos.

2.2 El problema

Nos toca ahora analizar las relaciones entre ese nuevo Derecho Internacional y el Derecho Nacional –o Municipal, como también se le llama– que ha tenido una fuerza exclusiva y excluyente durante los dos últimos siglos.

Como sabemos, el paso de la Edad Media a la modernidad llevó a la formación del Estado-Nación, dejando de lado las diferencias culturales y tradicionales de los diferentes grupos sociales e incluso étnicos que integraban la Nación, de manera de constituir un sólo Estado. Y este Estado se afirmó por encima de toda desigualdad, unificando la sociedad desde el punto de vista jurídico.

Pero, paralelamente, estos nuevos Estados modernos afirmaron su individualidad distinguiéndose unos de otros, asegurando las fronteras dentro de las cuales el Estado debía ser todopoderoso. Las corrientes democráticas que se impusieron posteriormente no restaron poder a ese Estado ni tampoco debilitaron su independencia radical frente a los otros Estados sino que redistribuyeron el acceso a ese Poder Supremo en el interior de cada Estado convertido en una Nación única. Pero externamente, el Estado no estaba sometido a ninguna otra autoridad, cualquiera que fuese la fuente del poder externo.

Como consecuencia de ello, el Derecho consuetudinario sufrió un marcado encogimiento hasta quedar reducido a su

mínima expresión tanto en la regulación interna de la sociedad como en la relación entre Estados.

Sin embargo, vemos que la globalización nos lleva a superar fronteras, a sustituir la noción desarticulada de comunidad internacional desde una perspectiva de soberanía absoluta, por la de articulación de poderes nacionales que se combinan internacionalmente y que, como resultado de tal articulación surgen nuevos sistemas jurídicos de carácter transnacional.

Estos sistemas jurídicos se organizan en parte con la ayuda de tratados internacionales y en parte (importante) con la construcción de una nueva costumbre internacional.

Sin embargo, estos dos caminos no son alternativos sino que, por el contrario, se estimulan mutuamente: los tratados sirven de base y de aliciente a una interpretación de carácter consuetudinario; y a su vez la naciente costumbre internacional sirve igualmente de base y de aliciente para la suscripción de tratados internacionales. En la materia normada por los Tratados Bilaterales de Inversión o BIT (según su sigla en inglés), podemos observar una activa interacción entre tratado y costumbre.

El problema se presenta cuando ese Derecho Internacional de los Negocios o Derecho Transnacional o *lex mercatoria* moderna, como se prefiera llamarla, entra en competencia con la ley nacional.

Evidentemente, si se ha celebrado un tratado que contiene una regla explícita sobre el tema, será esa regla que regirá por encima de la ley nacional. Empero si, como sucede normalmente, la situación involucra tanto aspectos contenidos literalmente en el tratado como también aspectos que son fruto del desarrollo de la costumbre internacional, la ley nacional puede sentir la tentación de impedir que esas normas consuetudinarias y principios internacionales –que no tienen como fuente un acto soberano del Estado en el que se pretenden aplicar– sean dejados de lado.

Asimismo, la redacción de los Tratados Bilaterales de Inversión contiene usualmente más principios generales que reglas específicas, debido a la naturaleza de la materia tratada. Esto significa que, para llegar a la aplicación práctica del Tratado, será preciso recurrir a la jurisprudencia y a la doctrina, vale decir, a las costumbres jurídicas internacionales.

2.3 El derecho de la inversión

En esta segunda parte, me voy a referir a la relación -que puede presentarse como un fenómeno de colisión o de integración- entre ese Derecho Internacional en formación y el Derecho Nacional. Y quiero por el momento limitarme a estudiar esa interacción en el caso de la protección jurídica de la inversión extranjera. Queda todavía un inmenso campo de estudio a este respecto en lo que se refiere al Derecho que regula los intercambios internacionales (compra venta, locación de servicios, etc.). Pero prefiero poner el acento por el momento en el Derecho de la Inversión, por cuanto es el área que aparentemente demuestra ser la más innovadora y efervescente a través de la jurisprudencia de los tribunales arbitrales internacionales.

2.3.1 Aplicación de la ley nacional

2.3.1.1 Convenio sobre ley aplicable

Como es evidente, quien habla de Derecho de la Inversión no puede dejar de hacer mención, en primer lugar, a la Convención de Washington y al foro del Centro Internacional de Arreglo de las Diferencias relativas a Inversión (CIADI).

¿Cuál es la ley que rige en los casos de controversias ventiladas por los Tribunales Arbitrales CIADI? ¿Es que se aplica el Derecho Económico Internacional consuetudinario o se aplica el

Derecho nacional del país donde se realiza la inversión o quizá el del país del inversionista extranjero?

La regla que controla esta situación se encuentra contenida en el artículo 42 del Convenio de Washington, cuya primera parte a la letra dice: "El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables".

De esta forma queda perfectamente claro que, de acuerdo a la naturaleza contractual de los arbitrajes, las partes son las que tienen la palabra respecto de la ley aplicable: pueden escoger la del país donde se realiza la inversión o la del país al que pertenece el inversionista o la de un tercer país cuyo derecho ellas consideren que tiene una aplicación más generalizada en ciertos campos específicos (especialmente cuando intervienen aspectos técnicos) o que, por cualquier otra razón, consideren más conveniente para ambas.

Notemos que, en el caso de que las partes no se hayan puesto de acuerdo en este punto, el Convenio de Washington otorga imperio a la ley nacional del país que recibe la inversión.

2.3.1.2 ¿Puede ser tácito el convenio sobre ley aplicable?

En realidad, si el convenio tácito parece referirse a la ley nacional del país que recibe la inversión, el problema jurídico de interpretación del convenio se desvanece en la práctica. En esa hipótesis, la solución es exactamente igual si se reconoce ese convenio tácito o si no se reconoce: en cualquiera de los dos casos, sea por aplicación del convenio tácito, sea por aplicación de la regla supletoria del artículo 42, rige la ley nacional del país que

recibe la inversión. Pero, ¿qué sucede si ese convenio tácito parece señalar la ley nacional del inversionista o la de un tercer país?

En este caso, los intérpretes de la Convención CIADI recomiendan en general extrema precaución frente a la posibilidad de inferir un convenio tácito sobre ley aplicable.

Aceptar fácilmente los convenios "tácitos", dice OKERZIE CHUKWUMERIJE⁴⁷, puede llevar a subvertir la regla del artículo 42 que claramente señala que en ausencia de pacto se aplica la ley del Estado que es parte en la controversia. Solamente debe considerarse que hay un pacto implícito cuando la conducta de las partes en el arbitraje muestra de manera incontestable que ambas están de acuerdo en la ley aplicable. Esto significa que lo sano es entender que el pacto debe ser expreso y que la ausencia de tal pacto hace aplicable la elección supletoria que realiza el artículo 42, *i.d.* la ley nacional del país que recibe la inversión.

Por otra parte, como afirman SHIHATA Y PARRA, en *Applicable Substantive Law*, la elección del Derecho aplicable a las controversias que pudieran resultar de un cierto contrato o convenio internacional tienen que ser evidenciadas "con razonable certeza" en el texto del contrato o en las circunstancias del caso⁴⁸.

2.3.1.3 ¿Puede entenderse que la mención a una norma nacional específica dentro del contexto del contrato somete la discusión sustantiva de la materia arbitral a la ley nacional citada?

La doctrina se inclina en el sentido de que la mención de –o incluso el sometimiento a– una ley nacional en un aspecto puntual no significa que todo el contrato haya sido colocado bajo el

47. Okerzie Chukwumerije: *International Law and Article 42 of the ICSID Convention*, en *Journal of International Arbitration*, Vol. 14, No. 3 (1997), pp. 79-102.

48. I.F. Shihata y A.R. Parra, *Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention*, 9 *ICSID Review Foreign Investment Law Journal* 183, p. 190 (1994).

control de tal ley nacional. Solamente aquella parte específica que ha sido expresamente vinculada a una norma legal a su vez específica, queda regida por ella.

Como señala CHRISTOPH H. SCHREUER,

“Como regla general, no es convincente aceptar una mención en un Convenio a una provisión de la ley doméstica o incluso a todo un cuerpo de legislación, como si se tratara de una opción general para la aplicación de la ley doméstica cuyas provisiones han sido citadas. Este argumento *pars pro toto* no es lógico ni tampoco es indicativo de la intención de las partes”⁴⁹.

Por consiguiente, se trata de referencias normativas vinculantes respecto de aspectos específicas, que no inhiben al Tribunal para usar la segunda frase del artículo 42 de la Convención CIADI y aplicar la ley nacional del país que recibe la inversión. Y agrega SCHREUER:

“Por consiguiente, la referencia a aspectos específicos del Derecho del Estado receptor pueden ser vistas como formas de clarificar ciertos detalles concernientes a la aplicación de tal ley, pero no pueden ser tomadas como un acuerdo general implícito para usar tal ley como aplicable”⁵⁰.

Asimismo, GUIDO TAWIL refuerza esta idea al decir que debe tenerse en cuenta que la mera mención en un texto contractual de alguna regla de la ley doméstica o aún de un texto completo de legislación, no es una indicación confiable de que ello implica un acuerdo general sobre la ley aplicable⁵¹.

49. Christoph H. Schreuer: *The ICSID Convention: A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. Cambridge University Press. Par. 49, p. 576.

50. Christoph H. Schreuer: *Loc. cit.*

51. Guido Santiago Tawil: *Applicable Law*. Dispute Settlement. Module 2.6. International Centre for Settlement of Investment Disputes. United Nations Conference on Trade and Development, United Nations, 2003, p. 12.

Por tanto, dado que no es posible saltar de reglas particulares a la convicción de que existe un acuerdo general sobre ley aplicable en caso de arbitraje, si no hay propiamente un acuerdo entre las partes sobre ley aplicable, debe regir la alternativa prevista en el artículo 42, esto es, la aplicación del sistema jurídico del Estado receptor más las reglas del Derecho Internacional pertinentes.

Sin embargo, respecto de este punto es preciso hacer la salvedad que hemos anotado anteriormente: si no hay acuerdo sobre ley aplicable y la mención a una ley específica sobre un asunto específico se refiere a la ley nacional del país que recibe la inversión, la discusión carece de razón de ser porque se encuentra resuelta en la práctica. En efecto, sea que se admite esa mención como ley general aplicable o sea que no se la admita (y, por tanto, no hay convenio sobre ley general aplicable), tendrá que aplicarse la ley nacional del país que recibe la inversión. Claro está que, a pesar de ello, por razones lógicas, es conveniente precisar, como lo hacen SCHREUER Y TAWIL, que una ley aplicada a un aspecto parcial no puede ser extendida hasta convertirla en ley general de aplicación a la controversia.

2.3.1.4 ¿Puede la ley aplicable ser pactada por partes?

Cabe una pregunta más. Suponiendo que las partes decidan pactar sobre ley aplicable (de modo que no hay el problema de un convenio tácito), ¿pueden éstas acordar diferentes leyes aplicables según los temas involucrados en la controversia?

Al respecto GUIDO TAWIL hace notar que el artículo 42 antes citado no habla de pactar un cierto "sistema jurídico" sino unas ciertas "reglas de derecho". Esto, dice TAWIL, lleva a la conclusión de que se pueden pactar leyes específicas y diferentes para los diversos aspectos que contiene el convenio⁵².

52. Guido Santiago Tawil: *Op. cit.*, p. 8.

2.3.2 *Intervención del Derecho Internacional*

Hasta aquí todo parece relativamente claro. Pero el artículo 42 de la Convención de Washington agrega también que se aplica el Derecho Internacional. Cabe preguntarse, entonces, ¿cómo y cuando se aplica esa última parte de la regla citada que ordena el sometimiento de las partes a un derecho no convenido por ellas y ajeno a ellas, compuesto por tratados y por costumbres que se muestran a través de la doctrina reiterada y de la jurisprudencia arbitral?

2.3.2.1 *Ley internacional ¿supletoria o correctiva?*

Lo primero que debemos estudiar es cuáles son los efectos de la confluencia de la ley internacional con la ley nacional para uno y otro tipo de ley dentro de la controversia. En otras palabras, cuando la ley internacional y la ley nacional concurren pero no coinciden, ¿cuál de las dos prima?

Una primera respuesta podría ser que la ley internacional simplemente llena las lagunas de la ley nacional, se ubica en los vacíos que ésta deja. Pero, si existe un conflicto frontal, si el razonamiento que resulta de la aplicación de la ley internacional se opone al que resulta de la ley nacional, ¿cuál de los dos prima? En otras palabras, la mención a la ley internacional del artículo 42 de la Convención de Washington, ¿implica que ésta interviene solamente con un carácter supletorio o que su intervención hay que entenderla con carácter correctivo? Esa es la gran cuestión.

Esta pregunta no pasó desapercibida para quienes redactaron la Convención de Washington. Y es así como la respuesta a esta pregunta la da claramente A. BROCHES, quien fue el Presidente de la Comisión redactora de la Convención CIADI.

Este jurista explica que: "El Tribunal debe acudir primero a la ley del Estado que recibe la inversión (*host State*) y es esa ley la que deberá ser aplicable en primera instancia a los puntos de la controversia. Luego, el resultado debe ser puesto a prueba confrontándolo con el derecho internacional. Este procedimiento no implica confirmar o denegar la validez de la ley del Estado recipiente de la inversión, pero puede concluir que esa ley nacional no es aplicable cuando esa ley, o las acciones adoptadas bajo esa ley, violan el Derecho Internacional. En ese sentido... el Derecho Internacional es jerárquicamente superior a la ley nacional conforme a lo dispuesto en el artículo 42".

En otras palabras y siempre en términos de BROCHES, "el Derecho Internacional no cuestiona el poder del Estado soberano para darse sus propias leyes, pero puede sostener que ese Estado es responsable por daños y perjuicios en favor del inversionista cuyos derechos ha violado mediante un acto inconsistente con el Derecho Internacional".

A partir de estas declaraciones primeras, la doctrina y la jurisprudencia del CIADI han avanzado mucho en este tema dejando establecido que, en todos los casos, el Derecho Internacional tiene un doble papel: suple las lagunas del Derecho local pero también lo corrige cuando infringe los *standards* internacionales⁵³.

Definitivamente, la jurisprudencia del CIADI ha establecido el predominio del Derecho Internacional cuando se produce una confrontación con el Derecho nacional, particularmente en aquellos temas que se consideran básicos para las relaciones económicas internacionales⁵⁴.

53. Guido Santiago Tawil: *Op.cit.* p. 23.

54. *Vid. Klockner v. Republic of Cameroon* (1985) 2 ICSID Reports 9; *vid. etiam Amco Asia Corporation v. The Republic of Indonesia* (1986) 1 ICSID Reports 377.

Es así como, en el caso *Klockner v. Cameroon*, la Comisión Ad-hoc nombrada para resolver el pedido de nulidad estableció en su Resolución que el Derecho Internacional tiene “*un doble rol, esto es, complementario (en el caso de una ‘lacuna’ en el Derecho del Estado) o correctivo, en la medida de que la ley del Estado no sea conforme en todos sus puntos con los principios del Derecho Internacional...*”⁵⁵.

Asimismo, en el caso *Amco v. Indonesia*, el segundo Tribunal, que conoció el recurso de nulidad, emitió una resolución aún más radical, en la que directa y claramente señalaba que

“donde hay leyes aplicables del Estado receptor, éstas deben ser controladas por el Derecho Internacional, el cual prevalecerá en caso de conflicto. Así, el Derecho Internacional es plenamente aplicable y clasificar su papel como ‘solamente suplementario y correctivo’ parece una distinción que no hace ninguna diferencia”⁵⁶.

Esta interpretación del artículo 42 de la Convención CIADI es aún más determinante en los casos en que la ley nacional infringe el *pacta sunt servanda* o la aplicación del principio de la buena fe.

Debe tenerse en cuenta que, en el Derecho Internacional, el principio de la buena fe (que también es crucial en el Derecho nacional) resulta una piedra angular que es la base no sólo de muchas interpretaciones sino también de muchos desarrollos de ese Derecho consuetudinario internacional.

Si, por ejemplo, el Estado recipiente de la inversión ha nacionalizado o confiscado la propiedad del inversionista extranjero o si ha utilizado en cualquier forma su ley para despojarlo, no cabe duda de que el Tribunal Arbitral de ICSID emitirá su laudo al margen de esa ley nacional y sobre la base del Derecho Internacional que obliga a actuar con buena fe.

55. Comisión *ad hoc*. Decisión de Nulidad, 3 de May de 1985, 2 *ICSID Reports* 122.

56. Resolución de Anulación de 5 de Junio de 1990, 1 *ICSID Reports* 580.

Como señala W. MICHAEL REISMAN,

“Un Tribunal del CIADI actuando dentro del marco de un Tratado internacional, es un órgano del Derecho Internacional y no es posible imaginar que admita acuerdos o procedimientos que violan las normas fundamentales del Derecho Internacional o que atentan contra la consciencia del mundo”⁵⁷.

Y en materia de las relaciones contractuales transnacionales, no cabe duda de que la regla de *pacta sunt servanda* y el principio de la buena fe, constituyen parte fundamental de las normas del Derecho Internacional.

Por su parte, CHRISTOPH H. SCHREUER da fe de que

“La fórmula de efecto supletorio y correctivo del Derecho Internacional ha sido desde entonces ampliamente aceptada. La mayor parte de los comentaristas de este aspecto del artículo 42 (1) están de acuerdo en que la función del Derecho Internacional es llenar las lagunas del Derecho doméstico, pero también constituir un remedio contra las violaciones del Derecho Internacional que puedan presentarse a través de la aplicación del Derecho del Estado receptor”⁵⁸.

2.3.2.2 ¿Cuándo interviene el Derecho Internacional?

Siempre dentro del contexto del CIADI, cabe preguntarse si el Derecho Internacional puede intervenir en todos los casos o si solamente es admisible cuando las partes no han hecho elección de ley aplicable. Como se ha visto, el primer acápite del artículo 42 de la Convención de Washington prevé dos situaciones: (a) en su primera frase, trata el caso de que las partes hayan acordado una ley aplicable; y en la segunda frase trata el caso de que no exista tal acuerdo y, por tanto, se aplica la ley del país receptor

57. W. Michael Reisman: *The regime of lacunae in the ICSID choice of law provision and the question of its threshold*, en *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, Vol. 15, No. 2, (2000).

58. Christoph Schreuer: *Op. cit.* Par. 131, p. 623.

de la inversión. Ahora bien, al final de la segunda frase se incluye la expresión: “y aquellas normas de Derecho Internacional que pudieran ser aplicables”.

¿Significa esto que el Derecho Internacional sólo se aplica en la segunda de esas situaciones, *i.e.*, cuando no hay acuerdo entre las partes? ¿O acaso esa última frase de la segunda frase se aplica a ambas situaciones, tanto las comprendidas en la primera frase como en la segunda?

En realidad, si el Derecho Internacional interviene como control cuando la ley nacional del país receptor se aplica porque no ha habido acuerdo entre las partes, no vemos la razón por la que no deba aplicarse cuando esa misma ley nacional se aplica como resultado de un acuerdo. Si el Derecho Internacional tiene una acción –cuando menos para determinar responsabilidad por daños y perjuicios del Estado receptor– más allá de lo que disponga la ley del país, como era la idea de ARON BOCHES al redactar la Convención de Washington, ciertamente esa acción no se encuentra afectada por el hecho de que la ley nacional hubiera sido adoptada para el arbitraje de una u otra forma: Estamos siempre ante el Derecho Internacional y la ley nacional.

Dentro de esta línea, la jurisprudencia de los Tribunales CIADI ha optado por la interpretación genérica, afirmando de manera consistente que el Derecho Internacional se aplica en todos los casos⁵⁹.

Un caso en el que afirmó este criterio fue el de SPP v. Egipto, donde se discutía precisamente si se aplicaba la ley nacional egipcia o si, conforme a la alternativa del artículo 42, se aplicaba ésta y además el Derecho Internacional. Y el Tribunal declaró –ya en 1992– que este desacuerdo no tenía ningún sentido, por cuando la ley internacional es aplicable siempre, afirmando que, aun cuando fuera cierto que existía un acuerdo tácito para la

59. Guido Santiago Tawil: *Op. cit.*, p. 9.).

aplicación de la ley egipcia, este acuerdo no podía excluir totalmente la directa aplicación de la ley internacional en ciertas situaciones⁶⁰.

También en un caso CIADI que involucró al Perú, el Tribunal, amparándose en las opiniones de SCHREUER expresó en su Resolución de jurisdicción que “*aun si se sostuviera que corresponde aplicar la legislación del Perú a la interpretación del CEJ con DEl Bermuda, este Tribunal tiene la facultad y el deber de someter la legislación del Perú al control del derecho internacional*”⁶¹.

El experimentado árbitro GUIDO SANTIAGO TAWIL subraya que la exclusión total del Derecho Internacional como consecuencia de una elección de ley aplicable por las partes que contiene sólo Derecho doméstico, llevaría a consecuencias indeseables. Esto significaría que un inversionista extranjero, al consentir en una opción de ley aplicable, estaría renunciando al *standard* mínimo de protección al extranjero y a sus propiedades, desarrollado por el Derecho Internacional Consuetudinario. Esta solución sería, dice siempre TAWIL, contraria al estímulo inversor que se busca a través de la creación de un clima favorable para la inversión⁶² y que está en la base de esta nueva *lex mercatoria* (en el sentido amplio del término), como fue indicado en la primera parte de este trabajo.

“*Por consiguiente*”, agrega TAWIL,

“*deben preservarse ciertos standards internacionales mínimos, aun en ausencia de una referencia al Derecho Internacional en una cláusula de opción de ley aplicable. Las normas mandatorias del Derecho Internacional que proveen un standard internacional mínimo de protección al extranjero, existen independientemente de cualquier elección de ley. Su naturaleza obligatoria no está abierta a la voluntad de las*

60. *SPP (Middle East) Ltd. v. Republic of Egypt* - Laudo de 20 de Mayo de 1992, en Caso CIADI No. ARB/84/3.

61. *Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. v. República del Perú*. Caso CIADI No. ARB/03/28. Decisión sobre competencia, 1º de Febrero de 2006, para. 162.

62. Guido Santiago Tawil: *Op. cit.*, p. 10.

partes. El contrato o convenio permanece sujeto al sistema jurídico doméstico escogido por las partes. Sin embargo, esta elección es verificada por un cierto número de reglas internacionales mandatorias, tales como la prohibición de la denegación de justicia, la vulneración discriminada de sus derechos y propiedades o el repudio arbitrario de los compromisos contractuales”⁶³.

También SCHREUER advierte que si el pacto de ley municipal aplicable excluyera la aplicación del Derecho Internacional,

«Esto significaría que un inversionista extranjero, simplemente por el hecho de pactar una ley aplicable, estaría renunciando a los mínimos *standards* de protección a los extranjeros y a sus propiedades desarrollados en el Derecho Internacional Consuetudinario. Esta solución difícilmente podría decirse que está de acuerdo con uno de los objetivos de la Convención: 'promover una atmósfera de mutua confianza y así estimular un importante flujo de capital internacional en aquellos países que quieran atraerlo'»⁶⁴.

Y SCHREUER concluye, en tono categórico, que “...la práctica de los Tribunales de ICSID, el abrumador peso de los tratadistas e importantes consideraciones de política [*policy*], todo ello indica que hay cuando menos un lugar para el Derecho Internacional incluso frente a los acuerdos sobre ley aplicable que no lo han incorporado expresamente”. Y, en otro pasaje del texto citado, dice que

“El peso de los argumentos reseñados más arriba, militan fuertemente a favor de la preservación de *standards* internacionales mínimos, aun en el caso de ausencia de una referencia al Derecho Internacional en la cláusula que recoge el acuerdo sobre la ley aplicable”⁶⁵.

63. Guido Santiago Tawil: *Loc. cit.*

64. Christoph Schreuer: *Op. cit.* Par. 67, p. 588.)

65. Christoph Schreuer: *Op. cit.* Par. 63, p. 586.)

Esta idea del *standard internacional mínimo* no es nueva. Como señala RUDOLPH DOLZER,

“los orígenes del concepto se caracterizan por la convicción de la comunidad internacional de que cada Estado debe ser sometido a *standards* internacionales de decencia y civilización en su relación con los otros Estados y con los extranjeros sujetos a su jurisdicción”⁶⁶.

Si bien esta idea se remonta a la *lex mercatoria* medieval, como se ha indicado en la primera parte de este ensayo, y que pueden encontrarse derivaciones modernas de este principio desde el S. XVIII, uno de los primeros juristas contemporáneos que planteó el tema fue ELIHU ROOT quien, ya en 1910, sostenía:

“Cada país está obligado a dar a los nacionales de otro país, en su territorio, el beneficio de las mismas leyes, la misma administración, la misma protección, y la misma compensación por daños, que la que da a sus propios ciudadanos, no más ni menos: a condición de que la protección que el país da a sus propios ciudadanos sea conforme con el *standard* establecido de civilización”⁶⁷.

2.3.3 Naturaleza del Derecho Internacional

Dada, entonces, la importancia que se asigna a este Derecho Internacional (o *standard internacional mínimo* para el inversionista, como a veces se lo denomina), hace apremiante la respuesta a una pregunta medular: ¿En qué consiste ese Derecho Internacional? Si parece insalvable la aplicación de la ley internacional, haya acuerdo sobre una ley doméstica o no lo haya, urge preguntarnos en qué consiste ese Derecho Internacional omnipresente en toda relación jurídica internacional de inversión.

66. Rudolf Dolzer: Comunicación personal, 6 de Junio de 2006.

67. Elihu Root: The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad, *American Journal of International Law* vol. 4 (1910), pp. 517, 521 f.; cit. por Rudolf Dolzer: Comunicación personal, 6 de Junio de 2006.

OKERZIE CHUKWUMERIJE nos dice que, cuando se debatió el artículo 42 de la Convención de Washington durante el proceso de redacción, la Comisión, al hablar de ley internacional, se estaba refiriendo a “*convenciones relevantes, costumbres internacionales, principios generales del Derecho como fuente subsidiaria, decisiones judiciales y doctrina establecida por los expertos del Derecho Internacional*”⁶⁸.

Pero ciertamente lo más conclusivo a este respecto es el propio Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, donde se aclara que

«El término “derecho internacional”, cuando se usa en este contexto, se entenderá en el sentido que le atribuye el Artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, si bien teniendo en cuenta que el expresado Artículo 38 está destinado a aplicarse a diferencias entre Estados»⁶⁹.

Esto nos lleva a tocarle la puerta a la Corte Internacional de Justicia para saber lo que contiene ese Derecho Internacional. Y, en el artículo citado del Estatuto de dicha Corte, encontramos que:

“La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.”

68. Okerzie Chukwumerije: *Op. cit.*

69. <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/basic-spa.htm>

Tenemos así la lista completa. Los Tribunales CIADI han aplicado esa noción de Derecho Internacional y así encontramos en su jurisprudencia que, obviamente, los tratados y convenciones internacionales son normas de aplicación obligatoria entre las Partes suscriptoras. Pero también lo son las decisiones arbitrales que, aunque no constituyen precedente obligatorio, han sido muy utilizadas por los Tribunales CIADI en casos posteriores⁷⁰. También las publicaciones académicas sobre varios puntos de Derecho Internacional han sido recogidas por estos Tribunales⁷¹. Y estas últimas categorías forman parte del Derecho internacional aplicable porque constituyen el Derecho Consuetudinario Internacional⁷².

Por consiguiente, un aspecto muy interesante de la concordancia con el Estatuto de la Corte de la Haya es que permite el acceso a otras normas que pudieran parecer más elusivas –en tanto que no constan en un texto expreso y ratificado– pero que pueden ser hasta más importantes que los tratados en ciertos casos. Aun cuando el artículo del Estatuto antes citado distingue entre ellas a los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas, la costumbre internacional, la jurisprudencia de los Tribunales internacionales y la doctrina, estas tres fuentes de derecho constituyen –con variantes propias, sin duda– un cuerpo de principios que sobre esas bases fundamentales construye incesantemente la jurisprudencia y la doctrina, los que representan los fundamentos de las relaciones jurídicas internacionales en nuestro tiempo como resultado del proceso jurídico de creación de normas indispensables para el desarrollo de la moderna economía globalizada.

Por tanto, resulta muy claro que en Derecho Internacional –y quizá también en el Derecho a secas– la noción de “norma jurídica” no se reduce a los tratados (o a la ley, en el plano nacional). El profesor ALEJANDRO GUZMÁN BRITO sostiene, con una cla-

70. Christoph Schreuer: *Op. cit.* Par. 110, pp. 616-617.

71. Christoph Schreuer: *Op. cit.* Par. 118, p. 617.

72. Christoph Schreuer: *Op. cit.* Par. 123, p. 618.

ridad meridiana, que "Norma jurídica no es sinónimo de ley"; y agrega: "A mi modo de ver, la idea de norma jurídica, con ser precisa en su estructura lógica, o más propiamente deontológica, es tan amplia, que bajo ella puede entenderse desde luego a las leyes, pero también a la costumbre, la jurisprudencia, lo mismo que a la doctrina"⁷³.

2.3.4 *Los principios del orden jurídico internacional consuetudinario*

Ahora bien, dado que ese edificio de las relaciones internacionales está en pleno proceso de construcción en la medida que avanza la globalización, esas reglas-principios van a su vez asentándose cada vez más, afinando sus conceptos y asumiendo nuevas circunstancias y situaciones.

El Derecho Internacional Consuetudinario nos aporta los elementos más dinámicos del sistema porque es un Derecho en evolución constante, que va formándose día a día, a través de la doctrina y de la jurisprudencia, con un crecimiento por capas que se superponen unas a otras, dándoles mayor espesor a sus principios o quizá modificándolos según las circunstancias, ya sea recortando las anteriores o, por el contrario, ampliándolas a nuevas situaciones.

El elemento clave en esta construcción es el descubrimiento y el desarrollo de principios de Derecho adaptados a las nuevas necesidades y propósitos sociales. Algunos de ellos serán mayor alcance, por lo que se les denomina generales; otros tienen un carácter más particular porque se aplican a situaciones específicas. Pero todos ellos resultan del análisis comparativo de la doctrina y de la jurisprudencia. Es ahí donde hallaremos que se repiten ciertas reglas y criterios que no están en ningún Tratado ni en ningún Convenio de Estabilidad Jurídica, pero que constituyen la base y el marco dentro del cual deben interpretarse los

73. Alejandro Guzmán Brito: *Las fuentes del derecho en el nuevo Código Civil peruano*. Texto mecanografiado, pp. 5-6. Cit. p. Marcial Rubio Correa, *op. cit.*, p. 142.

Tratados y los Convenios de Estabilidad Jurídica y cualquier otro instrumento internacional de carácter económico.

Los principios del Derecho Internacional son parte de los principios generales del Derecho, dentro de la especificidad propia de este campo que se desarrolla entre o por encima de las soberanías nacionales. Si el juzgador no tomara en cuenta esos principios -que no están necesariamente contenidos en ninguna norma formal- tendría que resignarse a aplicar una sumatoria de normas positivas y de estipulaciones contractuales sin ninguna estructura interna. El Derecho municipal por sí solo no puede dar esta estructura en ningún caso. Pero menos aún cuando debe ser aplicado dentro de un contexto internacional que crea un marco distinto y exigencias diferentes de las relaciones a nivel transnacional. De esta manera, pretender resolver un caso internacional recurriendo únicamente a un conjunto de reglas de un Derecho local, aun cuando éste hubiera sido escogido por las partes, es renunciar al Derecho propiamente, es abandonar la estructura que convierte un conjunto de mandatos o de pactos en un sistema jurídico formado por relaciones complejas. De esta manera, sólo se pueden obtener soluciones mecánicas y carentes de concordancia.

Como lo afirman categóricamente CRAIG, PARK Y PAULSSON, "La referencia a los principios generales del Derecho tiene una larga tradición en el arbitraje internacional". Y ello obedece, según estos autores, a que

"los árbitros internacionales tienen todas las razones para reflejar en la realidad práctica que una de las razones para escoger un arbitraje es evitar una aproximación excesivamente legalista para la solución de los conflictos comerciales. Los hombres de negocio sienten frecuentemente que las Cortes no entienden las realidades del intercambio comercial".⁷⁴

74. W. Laurence Craig, William W. Park y Jan Paulsson: *International Chamber of Commerce Arbitration*. 3a. ed. Oceana Publications. U.S.A., § 17.03, p. 333.

Esto es lo que han comprendido muy claramente los tribunales arbitrales del CIADI al considerar que, exista o no un Derecho municipal escogido por las partes, es preciso recurrir siempre a las normas del Derecho Internacional; vale decir, a los principios generales que surgen de la jurisprudencia y de la doctrina internacional.

ARON BROCHES señalaba cuando menos dos principios indeclinables: el principio de la buena fe y el principio de que cada parte está comprometida por los acuerdos que voluntariamente realizó y que debe cumplir en buena fe⁷⁵.

La jurisprudencia del CIADI nos presenta muchos casos en los que se ha recurrido a principios. Así por ejemplo, como lo señala GUIDO SANTIAGO TAWIL en el ensayo antes citado, podemos comprobar que los tribunales del CIADI han reivindicado principios tales como el respeto de los derechos adquiridos en relación con la autorización y las garantías para invertir recibidas por el inversionista extranjero⁷⁶ o la importancia de la *bona fide* y del trato no discriminatorio⁷⁷, también la doctrina de los actos propios (*estoppel*)⁷⁸ y la del enriquecimiento injusto⁷⁹ en términos muchos más amplios que los contenidos en las leyes municipales, la obligación de pagar una compensación total por los perjuicios resultantes de un incumplimiento contractual⁸⁰, entre otros.

A su vez, CHRISTOPH SCHREUER señala los siguientes: a) los principios generales del Derecho Contractual, incluidos el *pacta sunt servanda* y la *exceptio non adimpleti contractus*; b) el *estoppel*, que

75. Christoph Schreuer: *Op. cit.* Par. 110, p. 612.

76. Caso *Amco v. Indonesia*. Laudo de 20 de Noviembre de 1984, 1 ICSID Reports 493.

77. Caso *LETCO v. Liberia*. Laudo de, 31 de Marzo de 1986, 2 ICSID Reports 366.

78. Guido Santiago Tawil cita la Resolución sobre Jurisdicción en el caso de *Amco v. Indonesia*, de 25 de Septiembre de 1983, 1 ICSID Reports 407/8; el Resubmitted Case: Laudo de 5 de Junio de 1990, 1 ICSID Reports 606; el caso *Klöckner v. Cameroon*, la Resolución sobre Anulación de 3 de Mayo de 1985, 2 ICSID Reports 140/1; el caso *SPP v. Egypt*, en la Resolución sobre Jurisdicción de 27 de Noviembre de 1985, 3 ICSID Reports 123.

79. *Amco v. Indonesia*, Resubmitted Case: Laudo de 5 Junio de 1990, 1 ICSID Reports 607/8; *SPP v. Egypt*, Laudo de 20 de Mayo de 1992, 3 ICSID Reports 246/7.

80. *Amco v. Indonesia*, Laudo de 20 de Noviembre de 1984, 1 ICSID Reports 498 y ss.

en los países con Derecho derivado del romano se conoce bajo la denominación de doctrina de los actos propios (*venire contra factum proprium non valet*); c) el enriquecimiento injusto; d) la compensación plena por los perjuicios que resulten del incumplimiento del contrato; e) los principios generales del debido proceso; f) el reclamante soporta la carga de la prueba; y g) *la res iudicata*⁸¹.

En mi opinión, el principio que reúne a todos los demás es el de la *bona fide*. Este es el gran paraguas: las relaciones económicas internacionales –y, en particular, las relaciones de inversión producto de las políticas nacionales de atracción a la inversión extranjera– tienen que ser llevadas dentro de las pautas de la más absoluta buena fe. Según la jurisprudencia internacional contemporánea, las infracciones a la buena fe no se limitan a lo escandaloso (*outrageous*) o a lo flagrante (*egregious*)⁸². La buena fe se encuentra también afectada por las trampas encubiertas o por aquella actitud doble que es denominada “estrategia” en un cierto lenguaje comercial. Todo ello debe ser proscrito, de acuerdo al *standard* internacional mínimo basado en el reinado de la buena fe: el juzgador tiene que hacer un esfuerzo por detectarlas, para luego eliminar las distorsiones jurídicas que de ellas se derivan.

Este paraguas crea bajo él un espacio que es considerado seguro. En ella, una serie de aplicaciones de la buena fe –tales como la necesidad de un tratamiento justo y equitativo, el derecho a las expectativas legítimas, la condena de las expropiaciones rampantes, sigilosas o progresivas (estas últimas constituidas por dentelladas sistemáticas), etc.– construyen un armazón de protección a quienes se sitúan dentro de ese espacio. Incluso el clásico principio *pacta sunt servanda* puede ser reinterpretado dentro del marco de la buena fe: los pactos deben ser cumplidos porque constituyen la fuente más natural y segura de creación de legítimas expectativas. Este armazón de principios jurídicos de protección puede ser llamado el “*standard* internacional mínimo”⁸³.

81. Christoph Schreuer: *Op. cit.* Par. 113, pp. 614-615.

82. *Vid.* caso NAFTA *Mondev v. USA*, Laudo del 11 de Octubre de 2002, para. 116.

2.4 Conclusiones

De lo expuesto no puede menos que deducirse que ha aparecido en el mundo jurídico un nuevo Derecho Económico Internacional, con características supranacionales, que se encuentra aún en proceso de formación pero que, indudablemente, tiene ya una influencia decisiva en las relaciones económicas entre sujetos de diferentes países y, particularmente, entre los inversionistas de un país y el Estado de otro país considerado como receptor de la inversión.

Este nuevo Derecho puede llamarse una vez más *lex mercatoria* (con la advertencia de que no es simplemente una resurrección del antiguo Derecho medieval sino, cuando menos, una reedición corregida y aumentada) o Derecho Transnacional o Derecho Internacional Económico.

83. Vid. Guido Santiago Tawil: *Op. cit.*, p. 10.

