

# ¿EL ARBITRAJE INTERNACIONAL ES UNIVERSAL?

*Halil Rahman Basaran\**

I.	INTRODUCCIÓN .....	617
II.	UNA NOCIÓN UNIVERSAL DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL .....	619
A.	<i>Derecho Privado – Derecho Público</i> .....	619
B.	<i>Propósito del Arbitraje Internacional</i> .....	624
C.	<i>El Sitio de Arbitraje</i> .....	625
D.	<i>Los Árbitros</i> .....	625
E.	<i>Confidencialidad</i> .....	626
F.	<i>Comunalidad Institucional</i> .....	627
G.	<i>Ejecución de Decisiones de Arbitraje</i> .....	627
H.	<i>Leyes Que Aplican</i> .....	630
I.	<i>Arbitraje Internacional y el Derecho Público Internacional</i> .....	631
J.	<i>Precedente Obligatorio</i> .....	637
K.	<i>¿Hay Una Noción Común del Arbitraje Internacional?</i> .....	640
III.	IRÁN-USA CLAIMS TRIBUNAL .....	644
A.	<i>Información de Fondo</i> .....	644
B.	<i>La Necesidad del Arbitraje Internacional</i> .....	649
C.	<i>Aplicación de Leyes</i> .....	651
D.	<i>Ejecución de las Decisiones del Irán-USA Claims Tribunal</i> .....	654
E.	<i>Arbitraje Internacional y Política</i> .....	655
IV.	CONCLUSIÓN .....	656

## I. INTRODUCCIÓN

Debido a la diversidad de las partes (estados, organizaciones internacionales, corporaciones e individuales) y sujetos (responsabilidad del estado, inversiones, transacciones comerciales, violaciones del contrato comercial internacional) el arbitraje internacional, sería adecuado argumentar que el arbitraje internacional incluye muchos tipos. Más importante, la pregunta es si hay un común denominador entre el arbitraje internacional “público” o “privado.” ¿Quien sea las partes y cualquiera que sean los sujetos del arbitraje internacional, será posible hablar de un concepto universal de arbitraje internacional? Este ensayo responde esta pregunta afirmativamente al argumentar que sí hay un concepto común del arbitraje internacional. Sin embargo, al hacerlo, este ensayo no niega la existencia de tipos específicos de arbitraje internacional como arbitraje entre estados, arbitraje internacional de inversión, arbitraje internacional comercial, y otros más. Este ensayo tiene como propósito determinar si es factible que haya una distinción definitiva y rígida entre el arbitraje internacional público y el arbitraje internacional privado.



La paz internacional y la seguridad es el propósito principal de las Naciones Unidas.<sup>1</sup> Para lograr este propósito, el Artículo 33 del Charter de las Naciones Unidas promueve por una solución pacífica de disputas por medio de negociaciones, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, solución judicial, acudir a agencias regionales y otros medios pacíficos.<sup>2</sup> Adjudicación (arbitraje y solución judicial por medio de las cortes internacionales permanentes) es un medio importante de resolver disputas internacionales.<sup>3</sup> Decisiones obligatorias hechas por adjudicación internacional son una opción atractiva para partes de una disputa internacional.<sup>4</sup>

El derecho internacional clásico considera que el estado es el sujeto original y ontológico del derecho internacional.<sup>5</sup> De hecho, el Charter de las Naciones Unidas en el Artículo 33 no se refiere a actores que no son el estado/non-state actors y parece ser que representa el derecho internacional clásico en que solo los estados son partes de la solución de disputas internacionales.<sup>6</sup> Sin embargo, un acuerdo de disputa internacional efectivo también requiere la participación de partes que no sean el estado.<sup>7</sup> Es posible, que el sistema internacional podría integrar a actores que no son los estados por medios no adjudicatarios como la medición.<sup>8</sup> Este artículo refuta esta noción. Es posible que los actores que no son los estados sean participantes importantes en la adjudicación internacional. De hecho, los actores que no son los estados ya juegan un papel importante en el arbitraje internacional, y es un hecho que hace que el arbitraje internacional sea más inclusivo y universal.

La segunda sección de este ensayo explora la universalidad del arbitraje internacional desde varias perspectivas. La tercera sección contextualiza y conceptualiza el arbitraje internacional por medio de casos específicos, como el Iran-United States del América Claims Tribunal. Este ensayo concluye

---

\* Profesor asistente de International Law, Istanbul Sehir University, Turkey. PhD (International Law, European Law, University of Vienna, Austria), LL.M (Law, London School of Economics, United Kingdom), LL.M (European Union Law, College of Europe, Belgium), LLB (Galatasaray University, Faculty of Law, Turkey). E-mail: rahmanbasaran@hotmail.com. Me gustaría dar las gracias a Rakesh Jopannputra por sus comentarios sobre este artículo.

1. Anna Spain, *Asuntos de Integración: Repensando la Arquitectura de la Resolución de Conflictos Internacionales*, 32 U. PA. J. INT'L L. 1, 3 (2010).

2. *Id.*

3. *Id.* en 4.

4. *Id.* en 8.

5. *Id.* en 5.

6. U.N. Carta art. 33.

7. Spain, *supra* nota 1, en 5.

8. *Id.* en 49.



que el arbitraje internacional es un concepto universal que reemplaza la distinción entre el derecho público o privado.

## II. UNA NOCIÓN UNIVERSAL DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

### A. *Derecho Privado – Derecho Público*

El arbitraje internacional generalmente diferencia entre el arbitraje entre estados y arbitraje entre sujetos privados (corporaciones e individuales). El arbitraje entre estados es visto como un asunto de derecho internacional público, mientras el arbitraje de derecho privado es visto como parte del dominio de la ley de contratos, derecho privado internacional o derecho civil de procedimiento. Sin embargo, existen algunas características en común entre el derecho público y derecho privado y poder identificar estas características nos ayuda a que el arbitraje internacional sea un concepto universal que representa las sensibilidades universales, sin considerar quienes son las partes y el tema de arbitraje.

En este respecto, uno puede argumentar que el derecho internacional comercial es una consecuencia directa o indirecta de la soberanía del estado y es un reflejo del derecho público. Uno puede decir que el derecho internacional comercial es basado en las leyes de contrato. Aunque a primera vista, son las corporaciones quienes deciden recurrir al arbitraje internacional, en el fondo, son los estados los que legalizan y legitimizan el arbitraje. Este es el aspecto del derecho público del arbitraje internacional comercial. Sin embargo, una examinación más profunda sugeriría que el establecimiento de un tribunal internacional de arbitraje, la determinación del límite de capacidad de los árbitros y la referencia de preguntas específicas al arbitraje internacional, son todos asuntos bajo el control de las partes del contrato al arbitraje internacional. Entonces, los árbitros son responsables solo a las partes de la disputa ante el tribunal de arbitraje.<sup>9</sup> El límite de su capacidad es determinado por las partes a la disputa.<sup>10</sup> En este contexto, las partes establecen el tribunal y árbitros son responsables solo a las partes, no al público en general.<sup>11</sup> Este es el aspecto privado del arbitraje internacional.

La dimensión de derecho privado del arbitraje comercial es predominante en que en la mayoría de casos, un contrato comercial internacional esta en cuestión. En contratos comerciales, las partes están en

---

9. Charles H. Brower II, MAX PLANCK ENCICLOPEDIA DE PUB. INT'L L. ARB. § 5 (2010).

10. *Id.*

11. Stephan W. Schill, *Aumento de la Legitimidad de la Ley de Inversión Internacional: Fundamentos Conceptuales y Metodológicos de un Enfoque Nueva de la Ley Pública*, 52 VA. J. INT'L L. 57, 72 (2011).



estatus igual y no ejercen poder de estado o poder público contra el otro.<sup>12</sup> Aunque una responsabilidad extracontractual (tort liability) pueden emerger en el arbitraje internacional comercial, esto es entre dos partes privadas que tienen clasificación igual. De todos modos, a responsabilidad extracontractual puede estar íntimamente asociada a responsabilidad extracontractual debajo del tribunal de arbitraje.<sup>13</sup>

Sin embargo, el derecho público es una sombra de la naturaleza privada del arbitraje comercial. El establecimiento de tribunales internacionales de arbitraje internacional, la capacidad del tribunal de arbitraje y el efecto obligatorio de la decisión del tribunal del arbitraje son sujetas a las reglas obligatorias del sitio del arbitraje.<sup>14</sup> Algunas leyes y principios nacionales son tan centrales al sistema legal nacional que ellos no permiten una violación, ni siquiera por medio de un contrato.<sup>15</sup> Entonces, el arbitraje internacional comercial que apartemente cuenta en el consentimiento de las partes privadas, de hecho, opera debajo de una sombra de las leyes obligatorias del derecho público nacional, leyes que implican estándares mínimos de justicia y morales. Estos estándares son llamados política pública en los sistemas de ley común y orden público (*ordre public* en Francia) en países gobernados por el derecho civil.<sup>16</sup> De hecho, las leyes nacionales tienen que conceder al arbitraje internacional y no pueden encontrar resort de arbitraje internacional en violación del orden público (o política pública).

Las leyes obligatorias están confirmadas en la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.<sup>17</sup> Dentro de la Convención, los estados que son parte de la Convención pueden rehusar reconocimiento y ejecución de las sentencias de arbitraje al invocar orden público, o si el sujeto de arbitraje no se encuentra adecuado para arbitraje en el estado donde el reconocimiento y la ejecución de la sentencia son buscados.<sup>18</sup> Esto prueba que los estados son sensibles a los riesgos y un daño internacional potencial que el arbitraje internacional

---

12. *Id.* en 59.

13. *M, LLC (U.A.E.) v. D, SAS (Fr.)* 16655/EC/ND ICC Int'l. Ct. of Arb., para. 400 (2011).

14. *Id.* en para. 397.

15. *Id.* en para. 398.

16. Saul Perloff, *Los Lazos Que Unen: Los Límites de la Autonomía y la Uniformidad en Arbitraje Comercial Internacional*, 13 U. PA. J. INT'L BUS. L. 323, 328 (1992).

17. *Ver generalmente* U.N. Conferencia sobre Arbitraje Comercial Internacional (1958). [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII\\_1\\_e.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf) (última visita 30 de Marzo de 2015).

18. *Id.*



pueda causar. Esos riesgos privados son contrarrestados por medio de un instrumento de derecho internacional – la Convención de Nueva York.<sup>19</sup>

En el fondo de un arbitraje comercial entre dos partes privadas (personas o corporaciones), existe un consentimiento explícito o implícito de los estados de donde estas partes privadas son ciudadanos.<sup>20</sup> Las leyes nacionales supervisan la validez de los acuerdos de arbitraje, el límite de jurisdicción del tribunal de arbitraje y de la ejecución de sentencia de las decisiones del arbitraje.<sup>21</sup> Las leyes nacionales supervisoras son el sitio del arbitraje o el sitio donde la decisión del arbitraje se ejecute. Supervisión de las leyes nacionales y las cortes nacionales desaprueban el argumento que el arbitraje internacional comercial es solamente construido con base al consentimiento de las partes.<sup>22</sup> Esto tiene que ver con el entendimiento que el arbitraje internacional no funciona como un asunto privado en un vacío y además que el arbitraje internacional tiene implicaciones para la sociedad.<sup>23</sup>

Si una relación legal o una transacción tiene impacto en la sociedad, el derecho internacional tiene un rol. Los acuerdos de arbitraje y las disputas resueltas por arbitraje tienen implicaciones más grandes que las partes privadas. Debido a este entendimiento, las sombras del estado se sienten en el arbitraje internacional comercial. Solo gracias a los contratos escritos y entendimientos implícitos entre los estados es que las partes privadas pueden acudir al arbitraje internacional comercial.

La distinción entre el arbitraje internacional comercial y el arbitraje internacional público es basado entre la distinción entre el derecho privado y derecho público. Esta distinción es determinada en muchos casos por la identidad de los interesados.<sup>24</sup> Entonces, cuando ambas partes son individuos privados o corporaciones, podemos asumir que existe una relación de derecho privado. Cuando una de las partes es un estado, la dimensión del derecho público entra a relucir. Entre más poder público – como la forma y la presencia del estado – se siente, más se entra en el dominio del derecho público. De hecho, entre más los estados y organizaciones internacionales

---

19. Ver generalmente Ashley M. Weelock, *Un Problema de Aplicación: Arbitraje de Relaciones Extranjera y la Elección de la Ley Cláusulas Dentro de Contrato de Trabajo por dentro a la Ley Jones Marinero*, 7 TUL. MAR. L.J. 285 (2012).

20. Andrew Barraclough & Jeff Waincymer, *Regla Obligatorio de la Ley en Arbitraje Comercial Internacional*, 6 MELB. J. INT'L L. 1, 3 (2005).

21. *Id.* en 6.

22. *Id.* en 2.

23. Christopher S. Gibson, *Arbitraje, Civilización y Políticas Públicas: Buscando Contrapeso Entre Arbitral Autonomía y la Defensa de Políticas Públicas en la Vista de la Ley Pública Obligatoria Extranjera*, 113 PENN. ST. L. REV. 1227, 1234 (2009).

24. *Id.* en 1265.



se hagan visibles, los asuntos de derecho internacional privado se transforman en asuntos del derecho internacional público.<sup>25</sup>

Existe un pensamiento liberal que apuntala la distinción entre el derecho público y derecho privado. En este contexto, las funciones del estado están limitadas a un número de asuntos. Los estados están preocupados con defensa nacional, seguridad interna y la delineación y dispensación de justicia y sus mecanismos.<sup>26</sup> Otros asuntos son dejados para actores no estatales e individuos privados. Debido a que el estado actúa en un número limitado de áreas debajo de leyes específicas (derecho público), otros asuntos son manejados con sujetos privados (individuos y corporaciones) debajo del derecho privado.<sup>27</sup> El derecho privado provee por la igualdad de los interesados en contraste con el derecho público donde el interés público, orden público y la política pública y la primacía del estado son los valores máximos para ser considerados.

Sin embargo, esta distinción teórica actualmente es ambigua. Ahora, los estados están activos en muchas áreas – transporte, medio ambiente, educación, salud, garantizar los estándares de vida y la protección de los recursos económicos nacionales.<sup>28</sup> Los estados también están conscientes del hecho de que sus medios para poder lograr todos sus objetivos en las áreas mencionadas arriba puede que no sean suficientes.<sup>29</sup> Entonces los estados interactúan con otros estados llevando a lo que se dice como “derecho internacional social y económico.”<sup>30</sup> En este medio interactivo de derecho internacional, comparar y contrastar leyes nacionales tiene cierta conveniencia. De hecho, en el arbitraje entre estados y en el arbitraje de derecho comercial, los principio generales de la ley se derivan de estos estudios comparativos.

Si un estado es una parte al arbitraje, a pesar de la naturaleza comercial de la disputa, también hay una dimensión de derecho público en el arbitraje. Es imposible aislar al estado de los intereses públicos. Los estados, aunque estén involucrados con transacciones comerciales o asuntos de derecho internacional público tienen responsabilidades con su gente.<sup>31</sup> Esto es más obvio en el derecho internacional de inversión, ya que en esta rama los servicios públicos (electricidad, agua, gas...etc) regulación de aduanas, salud pública, interés por el medio ambiente y la protección de bienes culturales

---

25. Ver generalmente Wolfgang Friedman, *Los Usos de los Principios Generales en el Desarrollo del Derecho Internacional*, 57 AM. J. INT'L L. 279 (1963).

26. *Id.* en 282.

27. *Id.*

28. *Id.*

29. *Id.*

30. Friedman *supra* nota 25, en 282.

31. Schill, *supra* nota 11, en 72.



pueden ser cuestionados.<sup>32</sup> Desde la perspectiva del público, un estado negociando estos asuntos sensibles con compañías multinacionales pueden tener un riesgo público.<sup>33</sup>

Uno puede argumentar en contra de que no en todos los casos de arbitraje internacional que involucren al estado puede ser considerado como derecho público. Un estado puede ser parte de un contrato internacional comercial y puede, como un comerciante prudente o una corporación, tener transacciones comerciales ordinarias. Entonces, el estado puede ser una parte ante el tribunal internacional de arbitraje comercial - como ante la Cámara Internacional de Comercio (CIC)- sin su usual prerrogativa de poder público superior y distintivo.<sup>34</sup>

Además, no es totalmente correcto calificar y definir el arbitraje entre dos corporaciones que no involucren al estado, como un caso puro de derecho internacional público o arbitraje internacional comercial. La disputa entre corporaciones puede interesar al público general.<sup>35</sup> El interés público, servicio(s) público(s) y el orden público en lo que aparenta ser una disputa privada entre dos corporaciones.<sup>36</sup> El reconocimiento y ejecución de una sentencia de arbitraje comercial puede ser problemática antes las cortes nacionales debido a esto. De hecho, los árbitros cuando toman sus decisiones toman en consideración la probabilidad del reconocimiento y futura ejecución de sus decisiones por una corte nacional.<sup>37</sup> Entonces, un arbitraje privado de corporaciones se convierte en un asunto de derecho público debido al gatekeeper función de las cortes nacionales que ejercen poderes de derecho público.<sup>38</sup> Las cortes nacionales pueden rehusarse a reconocer y ejecutar decisiones dando la razón de política pública.<sup>39</sup>

Entonces, trazar una distinción entre arbitraje de derecho privado y derecho público por medio de la identidad de las partes en disputa o por medio de la existencia o la ausencia de un contrato internacional comercial puede que no sea un enfoque solido. En lugar, la pregunta de que si el arbitraje considera la política pública y los intereses nacionales también deberían ser considerados. Si el público se ve afectado sustancialmente por

---

32. *Ver id.*

33. *Id.* en 75-76.

34. Introducción al Arbitraje de la ICC, INT'L. COMM. ARB. WORLD BUS. ORG., <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics/> (ultima visita 30 de Marzo de 2015).

35. Ruth Tieltebaum, *Una Mirada en el Interés Público de Arbitraje de Inversión: Es Unico? ¿Qué Debemos Hacer Al Respecto?* 5 BERKELEY J. INT'L L. 54, 56 (2010).

36. *Id.*

37. *Ver generalmente id.*

38. *Id.* en 60.

39. Weelock, *supra* nota 19, en 292.



el arbitraje internacional comercial, entonces el derecho público entra en el escenario.<sup>40</sup> Entonces, los valores y los principios del derecho público, como la transparencia, seguridad legal, democracia y la ley, también se convierten en consideraciones significantes.<sup>41</sup>

Podría decirse que el entrelazamiento entre el derecho público y el derecho internacional y falta de una distinción definitiva entre los dos presenta algunas desventajas. Por ejemplo, en el derecho internacional de inversión, en el caso de un contrato de inversión entre una corporación y un estado, puede ser difícil de determinar el límite preciso o umbral en que punto la relación considera el derecho privado y en que punto el asunto entra en el dominio del derecho público.<sup>42</sup> El límite tiene que ser delineado porque hasta algún punto, el estado actúa como un socio *vis-a-vis* la corporación. Sin embargo, en algunos asuntos, el estado actúa dentro del contexto de sus poderes públicos en el nombre del interés público y política pública.<sup>43</sup> Entonces, un balance delicado y no una ciencia exacta se crea entre los intereses económicos y las expectativas legítimas del inversionista y los intereses públicos (salud, educación, el medio ambiente, derechos laborales...etc) que deben ser protegidos por el estado. De hecho, la corte permanente de justicia internacional en la decisión de *Lighthouse*, decidió un contrato de concesión hecho entre un estado y una corporación involucrando un servicio público como no susceptible a las categorías ordinarias del derecho privado.<sup>44</sup> Por lo tanto, la necesidad por cierto grado de sentido común. En este contexto, los árbitros tienen un papel significativo en la incorporación del sentido común dentro del proceso de arbitraje, un papel que también necesita un grado de flexibilidad sobre asuntos de derecho privado y derecho público.

## B. Propósito del Arbitraje Internacional

El arbitraje internacional tiene un común denominador para toda clase de disputas y partes en términos de su propósito. En todos los casos, los árbitros están enfocados en la resolución de la disputa ante ellos.<sup>45</sup> Un tribunal de arbitraje no puede considerar directamente un interés público

40. Ver generalmente Mohammad Reza Baniassadi, Hacer los Reglas Obligatoria de Derecho Público Límite Elección de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional? 10 INT'L TAX AND BUS. L. 59 (1992).

41. Ver generalmente Tietelbaum, *supra* nota 35.

42. *Id.* en 56.

43. Ver generalmente *Lighthouses* Caso entre Fr. y Grecia, 1934 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 62 (Mar. 17).

44. *Id.*

45. Brower, *supra* nota 9, en § 1.



internacional u otro valor.<sup>46</sup> Además, un tribunal de arbitraje fundado para resolver una disputa en particular no debería perseguir una política pública internacional.<sup>47</sup> Un tribunal de arbitraje no tiene que considerar directamente la totalidad del derecho internacional y tampoco tiene que sentirse obligado de mejorar el derecho internacional.<sup>48</sup> Un tribunal de arbitraje no tiene que seguir un precedente o jurisprudencia sistemática.<sup>49</sup> Aunque un tribunal de arbitraje consideraría las reglas obligatorias y el orden público de un país donde la decisión del arbitraje se espera ser ejecutada, su jurisdicción esta limitada por las responsabilidades asignadas por las partes al tribunal de arbitraje.<sup>50</sup> Cada tribunal de arbitraje es una entidad independiente, diferente a las otras, y no tiene que considerar asuntos sistemáticos sobre el derecho internacional y la ley internacional de arbitraje.<sup>51</sup>

### C. El Sitio de Arbitraje

Las partes de un arbitraje de derecho internacional público o privado tienen la libertad de determinar el sitio del arbitraje, esa libertad contribuye a la imparcialidad e independencia del tribunal.<sup>52</sup> En otras palabras, cualquiera que sea el asunto del arbitraje quien sean las partes, la libre determinación del sitio de arbitraje es un principio valido. Este es un rasgo común en todos los arbitrajes.

### D. Los Árbitros

Se espera que los árbitros sean imparciales e independientes en cumplir sus deberes.<sup>53</sup> De hecho, en el arbitraje entre estados que se practicaba en el siglo 19 y durante el principio del siglo 20, los árbitros eran vistos como agentes de los estados que los habían elegido.<sup>54</sup> Ellos eran, en el escaño, representando a los estados y enfatizando el caso del estado que los había nominado al tribunal.<sup>55</sup> Entonces, el arbitraje era visto como una clase de

---

46. *Id.* en § 7.

47. *Id.*

48. *Id.*

49. *Id.*

50. Brower, *supra* nota 9, en § 43.

51. Richard H. Kreindler & Thomas Kopp, MAX PLANCK ENCICLOPEDIA DE PUB. INT'L. L., INT'L COMM. ARB. § 46 (2013).

52. *Id.* en § 7(b).

53. *Id.*

54. *Id.* en § 37.

55. *Id.*



continuación de la diplomacia clásica en otra plataforma, y los árbitros eran vistos como representantes de sus estados respectivos. Sin embargo, con el paso del tiempo, este entendimiento de la función del árbitro progresivamente creció la noción de un árbitro imparcial.<sup>56</sup>

Las similitudes entre el arbitraje entre estados, entre un estado y una corporación y entre corporaciones es que en todas las tres clases de arbitraje, los árbitros tienen el mismo deber de convencer a las dos partes que ellas han resuelto la disputa conclusivamente. Una impresión fuerte de que la disputa ha sido decidida por los árbitros debe ser transmitida a las partes en disputa. Entonces, la institución de arbitraje, más que reglas científicas y estricto determinismo, más bien depende en una política y un enfoque que espera dar la impresión que la disputa ha sido terminada categóricamente por los árbitros.

### E. Confidencialidad

Otro aspecto en común entre el arbitraje en el derecho público internacional y el derecho privado internacional es la discreción.<sup>57</sup> Como regla, en todos los arbitrajes, la decisión, los procedimientos y la identidad de las partes que están en disputa tienen que permanecer confidenciales.<sup>58</sup> Aunque algunas doctrinas argumentan que no hay una presunción o regla de la confidencialidad en los procedimientos y decisiones de arbitraje, en práctica, la confidencialidad es suprema y las decisiones de arbitraje solo son publicadas con el consentimiento de las partes involucradas.<sup>59</sup>

Aunque las razones y las decisiones del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (ICSID) de arbitraje han sido parcialmente publicadas desde el 2006, esta es una excepción en el arbitraje internacional.<sup>60</sup> Verdaderamente, el arbitraje del ICSID es el arbitraje más transparente y puede ser un roca de fondo de avances en el derecho internacional de arbitraje. Por ejemplo, esta noción abierta del arbitraje de ICSID pueden hacer el camino para la adopción de una regla de precedentes obligatorios en consiguiente arbitraje ICSID.

---

56. Kreindler & Kopp, *supra* nota 51, en § 37.

57. *Id.* en § 7(c).

58. *Id.*

59. *Id.*

60. Ver generalmente Antonio Parra, *Mejorando la Transparencia en el ICSID en ICSID*, OXFORDUNIVERSITYPRESS.COM (14 de Febrero de 2015) <http://blog.oup.com/2014/02/enhancing-transparency-at-icsid/> <http://blog.oup.com/2014/02/enhancing-transparency-at-icsid/> (ultima visita 1 de abril de 2015).



## F. *Comunalidad Institucional*

Podría decirse que el arbitraje internacional tiene cierto nivel de universalidad con respecto a su estructura institucional. La evidencia más contundente es la Corte Permanente de Arbitraje, donde muchos tipos de arbitraje ocurren.<sup>61</sup> La habilidad que una misma institución pueda realizar arbitraje relacionado con derecho internacional público y derecho internacional privado y la diversidad con respecto a las partes en el procedimiento de arbitraje, (estado, corporaciones o individuales) sugiere que codificado en el arbitraje internacional hay principios universales que son válidos para toda clase de arbitrajes.<sup>62</sup> De hecho, en su primera década la Corte Permanente de Arbitraje lidió principalmente con arbitraje entre estados en el área del derecho internacional público, mientras que hoy en día la mayoría de las disputas que maneja son disputas comerciales internacionales y disputas de inversiones.<sup>63</sup> La popularidad de la Corte Permanente de Arbitraje en años recientes puede estar vinculado con su participación con asuntos comerciales y de inversión.<sup>64</sup>

El hecho de que la Corte Permanente de Arbitraje es una organización internacional que fue establecida por medio de un tratado internacional entre estados, y el hecho de que es una institución pública de derecho internacional, no han sido obstáculos que previenen que lidie con disputas comerciales y de inversión.<sup>65</sup> Entonces, se puede argumentar que la Corte Permanente de Arbitraje no ve una rígida distinción entre el derecho internacional público y el derecho internacional privado y ha supuestamente aceptado que el arbitraje internacional tiene una dimensión universal en su base institucional sin ser obstaculizado por la distinción entre el derecho público y el derecho privado.

## G. *Ejecución de Decisiones de Arbitraje*

Las decisiones de un arbitraje de derecho internacional público y derecho internacional privado son finales y obligatorias.<sup>66</sup> Las decisiones del arbitraje no pueden ser sujetas a escrutinio por sus méritos.<sup>67</sup> La ejecución

61. Ver generalmente CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE, [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=363](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=363) (ultima visita 30 de Marcho de 2015) [en lo sucesivo CT. PERMANENTE DE ARB.].

62. *Id.*

63. Thomas Buergenthal, *Proliferación de las Cortes Int'l y Tribunales: Es Bueno o Malo?* 14 LEIDEN J. INT'L L. 267, 270 (2001).

64. Ver generalmente CT. PERMANENTE DE ARB. *supra* nota 61.

65. *Id.*

66. Kreindler & Kopp, *supra* nota 51, en § 8.

67. *Id.* en § 7(d).



de una decisión de arbitraje de derecho público está, en un análisis final, en las manos de los estados que hacen parte del arbitraje.<sup>68</sup> Sin embargo, cuando los estados conceden al arbitraje de ante mano, esto indica un deseo de ejecutar la decisión.<sup>69</sup> Las decisiones del arbitraje sobre al derecho internacional privado (arbitraje comercial internacional y arbitraje internacional de inversión) pueden ser puestas a un lado por instituciones de arbitraje como el ICC o ICSID debido a la irregularidad de los procedimientos, o su reconocimiento y ejecución pueden ser negados por cortes nacionales por razones de política pública y orden público.<sup>70</sup> De todos modos, las decisiones de arbitraje no pueden ser apeladas por sus méritos, que en torno incrementa la confiabilidad y la velocidad del arbitraje y disminuye los costos.<sup>71</sup> Esta es una ventaja del arbitraje internacional a comparación de otros métodos de resolver disputas. El hecho que se prohíba reconsiderar los méritos de una decisión de arbitraje es uno de los elementos más importantes que lo distinguen de las decisiones de cortes nacionales.<sup>72</sup>

En arbitrajes entre estados y entre estados y corporaciones, la autoridad de ejecución es el estado.<sup>73</sup> En el caso de que un estado no esté dispuesto a implementar una decisión de arbitraje, no hay otra solución aparte de medios diplomáticos y políticos para persuadir o intimidar al estado recalcitrante de acceder.<sup>74</sup> Entonces, en términos legales, hay poco que se pueda hacer. De lo contrario, debido al principio de inmunidad soberana, una corte de un estado no puede juzgar a otro estado.<sup>75</sup> De lo contrario, debido a que las cortes internacionales carecen de jurisdicción obligatoria, la disputa no necesariamente sería juzgada por una corte internacional del todo.<sup>76</sup>

En el caso de arbitraje internacional comercial o de inversión que tiene al estado como parte de la disputa, si el estado pierde el caso, y si el estado

---

68. *Id.*

69. *Id.* en § 7(a).

70. Ver generalmente Albert Jan van den Berg, Si el Premio de Arbitral de Ser Abolida? FOREIGN INV. L.J. 1 (2014), disponible en [http://www.arbitration-icca.org/media/2/13982548067270/van\\_den\\_berg\\_setting\\_aside\\_icsid\\_review\\_2014.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/2/13982548067270/van_den_berg_setting_aside_icsid_review_2014.pdf) (ultima visita 14 de Abril de 2015).

71. Kreindler & Kopp, *supra* nota 51, en § 7(e).

72. *Id.*

73. Ver generalmente Christine Gray & Benedict Kingsbury, *Desarrollos En Solución de Conflicto: Inter-Estatal de Arbitraje Desde 1945* (1992).

74. Gary Born, *Una Nueva Generación de Adjudicación Internacional*, 61 DUKE L. J. 775, 828 (2012).

75. Ver generalmente *Jurisdicción de Cortes Federales Sobre los Casos en que un Estado Sea Parte*, FED. JUD. CTR. [http://www.fjc.gov/history/home.nsf/page/jurisdiction\\_state\\_party.html](http://www.fjc.gov/history/home.nsf/page/jurisdiction_state_party.html) (ultima visita 1 de Abril de 2015).

76. Ver generalmente Kreindler & Kopp, *supra* nota 51.



no accede a la decisión del arbitraje, una decisión para el reconocimiento y ejecución de la sentencia puede ser hecha en las cortes del estado. Lo mismo es cierto del arbitraje entre corporaciones. Las cortes del estado son esenciales en la fase de ejecución de las decisiones de arbitraje. Sin embargo, la fase de ejecución contra un estado es sustancialmente más problemática que en contra de una corporación. El estado puede resistir reconocer la decisión y puede no reconocer la ejecución de la decisión por cortes de otros estados. El estado que accede puede recurrir a inmunidad soberana y argumentar que la propiedad del estado - que no puede tener cumplimiento al sin el consentimiento del estado - tiene un alcance más grande.<sup>77</sup>

En el caso de arbitraje comercial y de inversión, el role significant de las cortes de los estados no puede tomarse a la ligera. Dentro de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, las cortes de los estados pueden recurrir a una política pública nacional - no una política pública internacional - against decisiones de arbitraje extranjeras.<sup>78</sup> Cada estado tiene su propia política pública y las cortes del estado tienen total discreción de interpretar su propia política pública nacional.<sup>79</sup> Ni la Convención de Nueva York ni otro tratado internacional puede ponerle un limite a las consideraciones de política pública de un estado.<sup>80</sup> En este contexto, el asunto de política pública considera las nociones fundamentales de justicia y moral, que pueden ser aplicadas solo en casos excepcionales.<sup>81</sup> Entonces, la política pública puede limitar la efectividad y el cumplimiento de una decisión del arbitraje internacional comercial y de inversión.

Es importante notar que muchos estados no aceptaría una convención de reconocimiento y cumplimiento de decisiones de arbitraje extranjeras sin la provisión de política pública nacional.<sup>82</sup> En este respecto, el problema es si los estados pueden llegar a un acuerdo en nociones comunes de moral y justicia, nociones que implican una dimensión internacional. El actual régimen de cumplimiento de arbitraje entre estados y la Convención de Nueva York no tienen mucha esperanza en ese aspecto. Una política pública internacional necesitaría una idea internacional de sentido común y política global de parte de las naciones. Ese prospecto de formular una política pública internacional parece estar distante.

---

77. IAN BROWNLIE, PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO 343 (Oxford University Press, 7th ed. 2008).

78. James D. Fry, *Desordre Derecho Internacional Público abajo de la Convención de Nueva York: Si Políticas Públicas son Verdaderamente Int'l*, 8 CHINESE J. OF INT'L L. 81, 83 (2009).

79. *Id.*

80. Kreindler & Kopp, *supra* nota 51, en § 13.

81. Gibson, *supra* nota 23, en 1244.

82. Fry, *supra* nota 78, en 134.



### H. *Leyes Que Aplican*

Hay tres clases de leyes que aplican en acuerdos comerciales internacionales de arbitraje: leyes sustantivas, leyes procesales y leyes públicas obligatorias. Estas tres leyes pueden ser diferentes unas de las otras. Lo más importante es que las leyes obligatorias pueden ser diferentes entre un estado y el otro. Cada estado puede tener sensibilidades diferentes y por consecuencia leyes obligatorias diferentes. Entonces, el tribunal de arbitraje necesariamente considera ambas leyes obligatorias del sitio donde se lleva a cabo el arbitraje y las leyes obligatorias del sitio donde se debe cumplir los contratos.<sup>83</sup>

Una perspectiva explica que los tribunales de arbitraje son exitoso porque ellos evalúan simultáneamente las políticas públicas de pocos países y hacen que sus decisiones sean compatibles con las leyes obligatorias de todos esos países.<sup>84</sup> Entonces, los árbitros pueden ser caracterizados como expertos que mantienen y preservan el bienestar y el funcionamiento eficaz del sistema internacional de arbitraje. Se podría mantener que los árbitros que consideran y reconcilian política públicas nacionales diferentes con el fin de que el cumplimiento de sus decisiones forman una política pública internacional. Los árbitros entonces pueden ser vistos como conduciendo una política pública internacional basada en el sentido común.

En este sentido, podría decirse que todas las leyes nacionales obtienen su validez de las leyes internacionales públicas que en torno se vuelven fuentes de las leyes nacionales. Así, las leyes nacionales sobre el conflicto de leyes que incluyen consideraciones de políticas públicas, pueden ser estructuradas dentro del derecho público internacional.<sup>85</sup> Con esto en mente, se vuelve más normal que los árbitros tomen en consideración las políticas públicas nacionales que hacen parte de las leyes nacionales. Las leyes internacionales y las leyes nacionales son interdependientes y constituyen una totalidad.

También se puede sostener que los árbitros no están enfocados solamente en las disputas frente a ellos; ellos están conscientes del hecho que si sus decisiones no son cumplidas por las cortes del estado, sus carreras como árbitros y la institución de arbitraje internacional se pondrían en duda. Entonces, cada árbitro tiene una perspectiva holística del arbitraje internacional, aunque indirecta. Los árbitros no pueden ser vistos solo como

---

83. Reza Baniassadi, *supra* nota 40, en 69-70.

84. Catherine Rogers, *El Vocación del Árbitro Internacional*, 20 AM. UNIV. INT'L L. REV. 957, 996 (2004).

85. John R. Stevenson, *La Relación de Derecho Internacional Privado a Derecho Internacional Público*, 52 COLUM. L. REV. 561, 563 (1952).



instrumentos de las partes de la disputa, pero tienen que permanecer enfocados en disputas aisladas.<sup>86</sup>

En este sentido, el arbitraje internacional comercial progresa en dos ejes prácticos. Primero que todo, los árbitros tienen un margen grande de discreción.<sup>87</sup> La tensión entre el derecho público y el derecho privado y la contradicción entre las leyes obligatorias y el libre albedrío de las partes son resueltas por medio de la confianza y la discreción que se le da a los árbitros.<sup>88</sup> Segundo, en ocasiones escasas las cortes nacionales se oponen al cumplimiento de las decisiones del arbitraje internacional comercial.<sup>89</sup> Muchas cortes nacionales interpretan las leyes nacionales de una forma restringida y prefieren preservar la autonomía del arbitraje internacional comercial.<sup>90</sup> Consecuentemente, un balance delicado está en juego. Mientras el arbitraje internacional comercial amplía el ámbito y limita la soberanía del estado, los países se sienten más seguros debajo de la sombra de la política pública nacional.<sup>91</sup>

### I. Arbitraje Internacional y el Derecho Público Internacional

El reconocimiento y cumplimiento de decisiones extranjeras de arbitraje toman forma por medio del instrumento principal del derecho internacional - el tratado internacional.<sup>92</sup> Los tratados son hecho para prevenir que las cortes nacionales obstruyan el funcionamiento tranquilo del arbitraje internacional.<sup>93</sup> De la misma manera, las ley ejemplar de la Comisión de Comercio Internacional de las Naciones Unidas (UNCITRAL) ha sido adoptada por muchos estados.<sup>94</sup> Esta ley ejemplar ha sido promulgada debajo de los auspicios de las Naciones Unidas y asegura leyes nacionales

86. Gibson, *supra* nota 23, en 1253.

87. *Id.* en 1247.

88. *Id.*

89. *Id.* en 1261.

90. *Id.* en 1244.

91. Papillon Grp. Corp. (Pan.) v. 1) Arab Rep. de Syria, 2) Arab Adver., 3) Gen. Establecimiento de Comercio Exterior, Adjudicación Definitiva, Caso No. 12923 of 2007, E.C. 10 (ICC Int'l Ct. Arb.) ("[E]l razón es que cada compromiso por parte del Estado que implica una renuncia, por su parte, de una parte de su soberanía debe ser expresada oficialmente por la autoridad estatal competente, que no es el caso aquí ...". En consecuencia, los Estados que permiten a sus ciudadanos (personas físicas o jurídicas) para ir al arbitraje comercial internacional en lugar de los tribunales nacionales dan una concesión en términos de su soberanía).

92. Saul Perloff, *supra* nota 16, en 330.

93. *Id.* en 331.

94. *Id.* en 337.



similares de arbitraje mundialmente.<sup>95</sup> La adopción de las reglas de arbitraje internacional comercial por la institución pública principal, las Naciones Unidas, por los votos de los representantes diplomáticos de los estados, demuestra el entrelace del derecho internacional público y el derecho internacional privado con respecto al arbitraje internacional.

Igualmente, las reglas de UNCITRAL para el arbitraje internacional son el producto de los años cuando la comunidad internacional trató de reconciliar el derecho público internacional con el derecho público privado. Más precisamente, las reglas de UNCITRAL son el producto de la lucha entre los bloques capitalistas y comunistas durante la Guerra Fría.<sup>96</sup> Los pioneros de ambos campos - los Estados Unidos y la Unión Soviética - decidieron que el arbitraje internacional era una forma aceptable de resolver sus disputas políticas y comerciales.<sup>97</sup> El sitio de contención era la delineación de las reglas de arbitraje.<sup>98</sup> De igual importancia era determinar que institución y tribunal de arbitraje sería establecido.<sup>99</sup> Mientras el estado Americano y las corporaciones de oeste no querían ir a la Corte de Arbitraje en Moscú, los soviéticos no confiaban en la Cámara Internacional de Comercio (ICC) Corte Internacional de Arbitraje que ellos, los soviéticos, creían que eran sus intereses reflejados en el sistema del oeste capitalista.<sup>100</sup>

El problema de encontrar reglas de procedimiento adecuadas y la institución correcta para el arbitraje internacional se resolvió finalmente en 1977 por medio del acuerdo entre la Cámara de Comercio e Industria Soviética, la Asociación Americana de Arbitraje y la Cámara de Comercio de Estocolmo.<sup>101</sup> Aunque estas instituciones eran importantes en las negociaciones, los gobiernos estaban activos en la conclusión de este acuerdo.<sup>102</sup> Después de este acuerdo, muchas disputas entre los Estados Unidos y la Unión Soviética fueron traídos a la Corte de Arbitraje en Estocolmo con las reglas de UNCITAL, testimonio del hecho que la política internacional, el derecho internacional y el sentido común internacional eran factores reales detrás del desarrollo del arbitraje internacional.

En este punto, es factible mencionar el aspecto del derecho público internacional del Centro Internacional de Arreglo de Inversiones (ICSID). El

---

95. *Id.*

96. Eric Bergsten, *La Americanización de Arbitraje Internacional, Un Discurso en la Conferencia Internacional de la Asociación de Estudiantes de Derecho a la Facultad de Derecho de Pace*, 18 PACE INT'L L. REV. 289, 296 (2005).

97. *Id.*

98. *Id.*

99. *Id.* en 295.

100. *Id.* en 295-96.

101. Bergsten, *supra* nota 96, en 297.

102. *Id.*



ICSID fue establecido por medio de un instrumento del derecho internacional público llamado la Convención del ICSID.<sup>103</sup> La adjudicación del ICSID puede ser calificado como una rama de la adjudicación pública del derecho internacional, entonces no es sujeta a las leyes nacionales.<sup>104</sup> La inhabilidad de invocar ley nacional contra ley internacional es uno de los principios más importantes del derecho público internacional.<sup>105</sup> En este sentido, las decisiones del ICSID son decisiones judiciales, como dice el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y son una fuente de ley internacional.<sup>106</sup> Es imposible invocar orden público nacional y política pública ante las decisiones del ICSID y las decisiones del ICSID no pueden ser anuladas por cortes nacionales.<sup>107</sup> Similarmente, las decisiones del ICSID tienen aplicabilidad directa en las cortes nacionales sin la necesidad de una transacción nacional.

En este sentido, la ley internacional de inversión y el arbitraje internacional de inversión están vinculadas al derecho internacional por medio de uno de los problemas más importantes del derecho internacional: la protección de extranjeros. El tratado que reciben los ciudadanos por otros estados siempre ha sido un tema crucial del derecho internacional; el enfoque usual adoptado por los estados es de defender los intereses de sus ciudadanos y corporaciones cuando hay un conflicto de interés o están siendo amenazados por otro estado. Los estados entonces aseguran el respecto por las leyes internacionales en la persona de su tema.<sup>108</sup> Ese asunto ha tenido mayor importancia en el siglo 21 gracias a la globalización acelerada y interconexión entre los estados, individuos y corporaciones. De hecho, el arbitraje internacional siempre ha sido un método (entre muchos otros, como

---

103. *Centro Internacional de Arreglo de Disputas Solución de Inversiones*, ICSID.Org, <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/default.aspx> (ultima visita 16 de Marzo de 2015) [en lo sucesivo ICSID].

104. *Id.*

105. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 27, 23 de Mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 332, disponible en <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf> (ultima visita 7 de Febrero de 2015) [en lo sucesivo Convención de Viena].

106. *Swisslion Doo Skopje v. Former Yugoslav Rep. of Maced.*, ICSID Caso no. ARB/09/16, ¶ 345 (26 de Julio de 2012) ("No es posible cuantificar los daños con certeza, pero está bien establecido en el derecho internacional que la dificultad en la determinación de los daños no se opone a se adjudiquen [daños] en el caso de una violación . . ."). De hecho, los tribunales arbitrales del ICSID actúan como tribunales internacionales clásicos.

107. *Ver generalmente İnci Ataman-Figanmese, Diferencias Entre el Arbitraje Comercial Internacional y Arbitraje Internacional de Inversiones* (Turk.), n.14 (2011).

108. *Mavrommatis Palestine Concessions* (Grecia v. Brit.), 1924 P.C.I.J. (ser. B) No. 3, en 12 (30 de Agosto).



la diplomacia e intervención militar) usado para lidiar con el asunto de la protección de extranjeros.<sup>109</sup>

En otras palabras, el modo en que los individuos y corporaciones de un estado son tratados por otro estado es un asunto de derecho internacional público. Igualmente, el tema del derecho internacional público (el conflicto de leyes) es el elemento extranjero en relaciones legales. En el derecho internacional público, las disputas legales que también contienen elementos extranjeros, son resueltos al nivel internacional.<sup>110</sup> El derecho internacional privado es entonces, de hecho, ley nacional; es específico a cada nación. Cuando una disputa está conectada con más de una ley nacional, el derecho internacional privado determina cual ley nacional se debe aplicar a la disputa.<sup>111</sup> Dentro el derecho “nacional” privado, las cortes nacionales pueda que tengan que aplicar ley extranjera.<sup>112</sup>

Como el trato de extranjeros es un asunto internacional y de derecho público internacional, las legislaciones del derecho privado internacional de varios estados pueden tener cierta relación entre ellos. Los estados, que están totalmente conscientes de las implicaciones de la aplicación de la ley domestica a los extranjeros, tratan de coordinar legislación en esta área, aunque no están obligados en hacerlo.<sup>113</sup> En esto, los estados son totalmente enterados de la importancia de respetar los derechos de los extranjeros y de su propia inhabilidad de depender solamente en los intereses nacionales.

El entrelace entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público puede ser presenciado en otros instantes también. Gracias a la Cámara de Derechos y Deberes Económicos de los Estados como proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, uno puede deducir que el arbitraje internacional público y privado derivan de condiciones similares y son el resultado del mismo proceso histórico.<sup>114</sup> Ambos derecho internacional público y derecho internacional privado son mencionados en este documento.<sup>115</sup> El Artículo 2(a) del Charter dice que cada estado tiene el derecho de regular y ejercer autoridad sobre inversión extranjera dentro de su jurisdicción nacional de acuerdo con sus leyes y

---

109. Ver generalmente ANTONIO CASSESE, LEY INTERNACIONAL (Oxford Universidad Prensa, 2d ed. 2005).

110. Conflicto de Derecho, ENCYCLOPEDIA.COM, [http://www.encyclopedia.com/topic/Conflict\\_of\\_Laws.aspx](http://www.encyclopedia.com/topic/Conflict_of_Laws.aspx) (ultima visita 16 de Marcho de 2015).

111. *Id.*

112. *Id.*

113. *Id.*

114. Ver generalmente Carta de Derechos Económicos y Deberes de los Estados, G.A. Res. 29 (XXIX) A, U.N. Doc. A/Res/29 (XXIX) (12 de Decembre de 1974) [en lo sucesivo Charter].

115. Ver generalmente *id.*



regulaciones y en conformidad con sus objetivos y prioridades nacionales.<sup>116</sup> Entonces, esto demuestra que la relación entre estados es basada de un reconocimiento mutuo de soberanía económica social, un reflejo del derecho internacional clásico.

Artículo 2(b) del Charter dice que las corporaciones transnacionales son sujetas a las leyes y a las cortes en el estado en el que operan, un endoso de la aplicación del derecho "nacional" privado internacional.<sup>117</sup> Igualmente, el Artículo 2(c) estipula que las disputas sobre la nacionalización, expropiación y transferencia de propiedad tienen que ser resueltas por la ley y por las cortes del estado enfitrón, respaldando la primacía de ley nacional sobre el ley pública internacional.<sup>118</sup>

Crucialmente, la Resolución de la Asamblea General de 1974 proclamo el Charter de Economico Derechos no estaba endosado por las naciones occidentales desarrolladas pero fue pasada como el resultado de los votos de los países pobres y en desarrollo.<sup>119</sup> Esta situación es una indicación clara que el derecho internacional, en el área de las relaciones entre estados y de estados con inversiones, es problemática. De hecho, en la decisión de *Texaco v. Libya*, el árbitro declaro que la Resolución de la Asamblea General de 1974 no reflejaba el derecho internacional acostumbrado y que había sido pasado solamente gracias a los votos de las naciones no industrializadas.<sup>120</sup>

Esto no debe significar que el derecho internacional público y el arbitraje internacional comercial no pueden ser regulados juntos. Por ejemplo, aunque las reglas de UNCITRAL son designadas principalmente para el arbitraje internacional comercial, también pueden ser aplicadas al

---

116. *Id.* en art. 2(a).

117. *Id.* en art. 2(b) ("Cada Estado tiene el derecho de regular y supervisar las actividades de las empresas transnacionales dentro de su jurisdicción nacional y adoptar medidas para garantizar que tales actividades cumplan con las leyes, normas y reglamentos, y en conformidad con sus políticas económicas y sociales. Las empresas transnacionales no podrán intervenir en los asuntos internos del Estado de acogida. Cada Estado debe, teniendo en cuenta plenamente sus derechos soberanos, cooperar con otros Estados en el ejercicio del derecho a que se refiere este inciso.").

118. *Id.* en art. 2(c) ("Cada Estado tiene el derecho de nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso la indemnización apropiada debe ser pagado por el Estado de adoptar las medidas, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes. En cualquier caso, en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, ésta será resuelta conforme a la legislación nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que sea libremente y de común acuerdo por todos los Estados interesados que otros medios pacíficos que buscar en la base de la igualdad soberana de los Estados y de conformidad con el principio de libre elección de los medios.").

119. Charter, *supra* note 114, en art. 13(3).

120. *Ver Texaco Overseas Petroleum Co. v. Gov't Libyan Arab Rep.*, Award of Arb., R.J. Dupuy, 17 I.L.M., 1, 7 (18 de Enero de 1977).



arbitraje entre estados y arbitrajes mixtos.<sup>121</sup> De hecho, el Iral-United States Claims Tribunal y el Eritrea-Ethiopia Claims Commission - arbitraje mixto - emplearon las reglas de UNCITRAL en versiones mínimamente adaptadas.<sup>122</sup> Las reglas de UNCITRAL pueden ser aplicadas al arbitraje internacional de inversión también. De todos modos, es importante resaltar que las reglas de UNCITRAL no determinan cada detalle del arbitraje internacional. Estas reglas determinan estándares y criterios fundamentales de procedimiento, con los problemas para ser llenados por las partes de las disputa y los árbitros.<sup>123</sup> El arbitraje internacional tiene mucha flexibilidad y discreción.<sup>124</sup>

Con respecto a las regulaciones comunes del derecho internacional público y el arbitraje internacional comercial, el arbitraje internacional de inversión es un caso en punto. El arbitraje internacional de inversión no es derecho internacional público y tampoco es un arbitraje internacional comercial típico. Una parte de las disputa es un inversionista (un individuo o una corporación) y la otra parte es el estado anfitrión.<sup>125</sup> El estado entra en un contrato (por ejemplo un contrato de concesión) con un inversionista.<sup>126</sup> Después de que este contrato sea efectivo, el inversionista pueden encontrar riesgos políticos y comerciales en el país anfitrión.<sup>127</sup> Entonces, el arbitraje internacional de inversión y arbitraje, mientras regula estos riesgos políticos y comerciales, ha traído al inversionista y el país anfitrión en una misma plataforma. El mejor ejemplo de eso es el arbitraje ICSID. El arbitraje ICSID funciona el línea con reglas de procedimiento como son determinadas por la Convención del ICSID.<sup>128</sup> De hecho, la aplicación de estas reglas de

121. G.W. Haight, *Arbitraje Internacional*, 14 CASE W. RES. J. INT'L L. 253, 256 (1982).

122. Ver generalmente Christopher Pinto & Bridie McAsey, *Irán-Estados Unidos Tribunal de Reclamaciones*, OxfordPublicInternationalLaw.com (Marcho de 2013), <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e49?rskey=9v90qK&result=2&prd=EPIIL> (ultima visita 17 de Marcho de 2015).

123. Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Comercio Reglamento de Arbitraje Internacional, G.A. Res. 31/98, ¶ 1, U.N. Doc. A/RES/31/98 (15 de Decembre de 1976), disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf> (ultima visita 16 de Marcho de 2015) [en lo sucesivo UNCITRAL].

124. Ver generalmente Brower, *supra* nota 9.

125. ICSID, *supra* nota 103.

126. *Id.*

127. *Id.*

128. Centro Internacional de Arreglo de Solución a Inversiones Convención, Reglamento y Normas, ICSID.org, ch. 3 (Abril de 2006), disponible en <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/ICSID%20Convention%20English.pdf> (ultima visita 16 de Marcho de 2015) [en lo sucesivo Convención de ICSID].



procedimiento son un reflejo del derecho internacional público.<sup>129</sup> Las reglas de procedimiento nacional pueden ser invocadas en contra de las reglas de procedimiento, como es indicado en las Convenciones de ICSID.<sup>130</sup>

De hecho, la Convención ICSID fue concluida con una perspectiva a los contratos hechos entre los inversionistas y los estados anfitriones (contratos de concesión) y no de acuerdo con los tratados populares que detallan la protección y la promoción de inversión entre estados.<sup>131</sup> Todavía, el arbitraje de ICSID puede ser considerado como una manifestación del derecho internacional privado y también como arbitraje internacional comercial. De hecho, cuando un estado no cumple con las decisiones de arbitraje del ICSID, el estado del individuo o la corporación que ganó el caso de arbitraje pueden invocar el material rompe del tratado internacional - la Convención del ICSID.<sup>132</sup> En otras palabras, un arbitraje comercial entre un inversionista y un estado anfitrión se vuelve asunto para el derecho internacional público clásico. El estado, que no acceda con la decisión de arbitraje, está en violación de las Convenciones ICSID y se vuelve responsable en el derecho internacional por su acto internacional indebido. La disputa privada entre el inversionista y el estado anfitrión, que es basada en un contrato, morfos en una disputa de derecho internacional pública entre dos estados.

#### J. Precedente Obligatorio

Otro punto en común entre el arbitraje internacional público y privado es la ausencia en ambos de un precedente obligatorio, un hecho que le da a los árbitros un margen de discreción considerable.<sup>133</sup> Aunque el tribunal de arbitraje puede hacer referencia a previas decisiones de arbitraje, no es obligatorio, y si lo hacen, estas referencias no tienen una connotación de efecto obligatorio.<sup>134</sup> Entonces, en principio, cada caso de arbitraje es *sui generis*, y cada disputa posee condiciones específicas y singulares. Esta regla tiene que ver con las sensibilidades de los estados y corporaciones con respecto al efecto no obligatorio de las decisiones previas.

En este contexto, el arbitraje internacional en un empresa modesta. No pretende reconciliar decisiones en conflicto. Uno no puede hablar de ley internacional de arbitraje en un modo definitivo y coherente, solo decisiones

---

129. Ver generalmente İnci Ataman-Figamense, *supra* nota 107.

130. Ver generalmente Convención de ICSID, *supra* nota 128.

131. *Id.* en art. 42(1)

132. *Id.* en arts. 53, 54(1).

133. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 1945 I.C.J. art. 38, 59 Stat. 1031 disponible en [http://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj\\_statute\\_e.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_e.pdf) (última visita 16 de Marzo de 2015) [en lo sucesivo ICJ Estatuto].

134. *Id.*



de arbitraje individuales y aisladas. Uno no puede usar el método de inducción en el arbitraje internacional y afirmar que las decisiones pasadas van a determinar finalmente las decisiones futuras.<sup>135</sup> En principio, el arbitraje internacional no tiene un discurso vasto o una teoría general o un lenguaje o una fórmula que explica y racionaliza las decisiones de arbitraje pasadas de una forma coherente. El arbitraje internacional no es una construcción teórica ni una explicación general, sino que es un método de resolución de disputas empírico.

Al no acceder al principio de precedente obligatorio, el arbitraje internacional ha prevenido en caer en la trampa de seguridad artificial. De hecho, algunas veces una decisión de arbitraje puede ser más influyente que una multitud de decisiones y puede desafiar y cambiar parámetros que fueron establecidos por decisiones de arbitraje previas. Entonces, uno no puede hablar de jurisprudencia arbitral. El arbitraje internacional más o menos implica que un gran discurso de un supuestamente jurisprudencia no respondería a una crisis de gran escala política, económica y comercial que el arbitraje internacional afirma que lidiar con.

Una jurisprudencia rígida y estructurada puede limitar el arbitraje internacional más de lo necesario. Esto implica que lo más importante en el arbitraje internacional es el sentido común y la discreción de los árbitros. De hecho, un esfuerzo para reconciliar las decisiones de arbitraje debajo de la noción de precedente obligatorio cubriría o pospondría las inconsistencias y crisis pequeñas. Sin embargo, el precio que debe ser pagado por tal sistema sería una inconsistencia aún mayor y finalmente una crisis de gran escala.<sup>136</sup>

La falta de precedente obligatorio en el arbitraje internacional puede ser explicado por el hecho de que la mayoría de las decisiones de arbitraje no son publicadas del todo. Hay un elemento de verdad en esta afirmación. De hecho, uno no puede referirse a las decisiones de arbitraje y su razonamiento si no son accesibles a los árbitros o investigadores. La comunidad internacional de arbitraje no puede establecer consistencia judicial en medio de tal secreto. De igual importancia, uno no puede realizar una investigación erudita y académica sobre la existencia del precedente obligatorio sin acceso a las decisiones previas de arbitraje.

Sin embargo, la única razón por la falta de precedente obligatorio no es que no se publiquen la mayoría de las decisiones. Por ejemplo, aunque las decisiones del ICSID han sido accesibles por la mayor parte desde el 2006, de todos modos no hay un precedente obligatorio establecido por el ICSID. Para que eso ocurra, se necesita un entendimiento común internacional y una

---

135. Ver generalmente KARL POPPER, *LA POBREZA DEL HISTORICISMO* (Beacon Press, 2002) (Este punto de vista de arbitraje internacional está en línea con la crítica del filósofo Karl Popper al historicismo - estar atrapado en las decisiones y las condiciones anteriores para decidir el futuro).

136. Nassim Nicholas Taleb, *Antifragile* 5, 82, 106 (Great Britain, 2012).



política intencional. Lo más importante es que se tiene que admitir que el estado corriente del arbitraje internacional no es un método rígido de resolver disputas. Solo en el arbitraje internacional, que afirma ser científico, puede establecer el principio de precedente obligatorio en sus decisiones. Sin embargo, ni la comunidad legal internacional ni el arbitraje internacional han llegado a ese entendimiento.

Vemos el típico ejemplo de esto en la Corte Internacional de Justicia (ICJ), la corte principal del derecho internacional público. Aunque las decisiones de la Corte han sido públicas desde su inepción, la Corte no sigue el principio de precedente obligatorio.<sup>137</sup> En realidad, la falta de precedente obligatorio está claramente confirmado por el Artículo 59 del estatuto del ICJ<sup>138</sup>, con una situación similar en la Organización de Comercio Mundial (WTO) que cita sus decisiones previas. Sin embargo, el precedente obligatorio está notablemente y oficialmente ausente, así como el deseo internacional y al sentido común requeridos en la jurisprudencia del ICJ y las decisiones de panel del WTO para establecer precedente obligatorio.

El conocimiento científico regula e interpreta situaciones similares de formas similares, asegurándose, o como un idea, esforzándose y esperando asegurar - predictibilidad y seguridad. Sin embargo, el derecho internacional todavía no ha llegado a esta etapa de precisión con respecto a sus mecanismos de resolver disputas. De hecho, las referencias a las decisiones previas por las cortes internacionales demuestran la existencia de sentido común por parte de los jueces y árbitros, mientras la falta de precedente obligatorio demuestra una falta de fiabilidad de estas referencias.

El arbitraje internacional limita la soberanía de los estados con instancias afuera de la jurisdicción nacional con autoridad judicial. Los estados permiten la resolución de disputas políticas, económicas, comerciales y de inversión afuera de las cortes nacionales. En vez del juez nacional, el árbitro "experto" toma el escenario. Esta concesión de la soberanía nacional, naturalmente, requiere algunas garantías para el estado, una de esas es la falta de precedente obligatorio. El pensamiento siendo que sin un precedente obligatorio que sea restringido por decisiones previas va a tener un margen más grande de maniobra.

Si este es el pensamiento de los estados, una interpretación del precedente obligatorio también debería ser hecho desde la perspectiva de las corporaciones. ¿Por que no hay precedente obligatorio en el arbitraje internacional comercial? De hecho, hay un paralelo en el arbitraje entre estados de un lado y arbitraje entre corporaciones en el otro. Tal como soberanía de los estados es un obstáculo al principio de precedente obligatorio, la soberanía corporativa (autonomía, independencia) también es

137. Ver generalmente, ICJ Estatuto, *supra* nota 133.

138. ICJ Estatuto, *supra* nota 133, art. 59.



un obstáculo al precedente obligatorio. Las corporaciones prefieren ver cada disputa como una nueva disputa que tiene que ser evaluada dentro de circunstancias distintas. Desde esta perspectiva, cada disputa tiene que ser resuelta dentro de sus propias circunstancias. Las corporaciones son sujetos del derecho internacional y en su actitud hacia la noción de precedente obligatorio, ellas actúan debajo de un paradigma del derecho clásico internacional.

K. *¿Hay Una Noción Común del Arbitraje Internacional?*

Puede haber una objeción a la afirmación que el arbitraje entre estados, entre estados y corporaciones y entre corporaciones son demasiado similares. En el arbitraje internacional comercial y el arbitraje internacional de inversión, hay in estaca en la mayoría de los casos, como un contrato comercial o de inversión. Sin embargo, en el caso de arbitraje entre estados, cuando hay una disputa relacionada al derecho internacional público, como por ejemplo una disputa fronteriza, compartir o distribución de recursos naturales, la responsabilidad del estado por un acto ilícito internacional, entre otros. Como tal, en el caso de arbitraje comercial y de inversión, el tribunal de arbitraje está limitado por el contrato entre las partes de la disputa, mientras en el arbitraje entre estados sobre al derecho internacional público, los árbitros tienen más discreción.<sup>139</sup>

Por ejemplo, en el arbitraje internacional comercial, una disputa puede ser resuelta solamente por referencia al contrato comercial, sin la aplicación de ninguna ley nacional. El único real soberano en el arbitraje comercial es el contrato. Por ejemplo, si algunas clausulas (la superviniente imposibilidad de performance o un cambio fundamental en circunstancias) no están dentro del contrato, entonces un tribunal de arbitraje probablemente concluiría que las partes han escogido el silencio en ese asunto y que el contrato tiene que ser cumplido totalmente sin excepción. Las partes, en la conclusión del contrato, tienen que tener cuidado del hecho que el contrato no puede ser adaptado a nuevas circunstancias y que la cancelación del contrato probablemente no pueden aceptar por el tribunal de arbitraje.<sup>140</sup> Sin embargo, también se puede decir que en el arbitraje entre estados un contrato también puede ser un punto de contención. Los estados pueden concluir

---

139. *Id.*

140. CEMAL ŞANLI, HACIENDO ONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES Y FORMAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS (Turk.) (5th ed. 2013).



tratados o contratos comerciales de derecho internacional clásico público entre ellos.<sup>141</sup> Ambos restringen la discreción del tribunal de arbitraje.

Hacer una distinción solamente basándose en la identidad de las partes de la disputa no sería una movida robusta tampoco. Por ejemplo, en la Cámara Internacional de Comercio (ICC) Tribunal de Arbitraje, estados y compañías de los estados pueden ser partes en la disputa. Los estados - la figura última del derecho público - pueden ser totalmente una parte de un arbitraje comercial.<sup>142</sup> Los estados pueden tener asuntos comerciales para ser resueltos ante los cuerpos de arbitraje internacional comercial. En esas situaciones, no sería verdadero hablar de la soberanía inmune de los estados. Sin embargo, el hecho de que un estado haya concedido al arbitraje internacional comercial no significa que la propiedad del estado pueda ser adjunto. Para poder adjuntar la propiedad del estado, tiene que haber una aprobación especial por parte del estado. Esto prueba que el arbitraje internacional comercial no cruza y no puede cruzar las líneas rojas del derecho internacional público.

Sin embargo, tiene que ser resaltado que cuando una de las partes es un estado, es raro limitar la jurisdicción del tribunal de arbitraje a la única consideración del tratado o contrato. En particular, en los tratados internacionales de inversión (tratados bilaterales sobre la protección y promoción de inversión), algunos asuntos no son regulados con suficiente detalle. En estos tratados, muchos conceptos pueden ser definidos en términos ambiguos y generales. Por ejemplo, el termino "inversión" no está definido por la Convención del ICSID y puede que no esté lo suficientemente definido en tratados bilaterales de inversión tampoco.<sup>143</sup> De hecho, en los casos del ICSID, una de las objeciones más importantes hechas por el estado anfitrión es la falta de inversión.<sup>144</sup> La misma ambigüedad puede existir en un contrato entre el estado anfitrión y la corporación inversionista. Por ejemplo, la implementación del termino de contrato "justo y tratamiento equitativo" en casos concretos es sujeto, a una gran medida, a la discreción del tribunal de arbitraje.<sup>145</sup>

En el funcionamiento del derecho internacional de inversión, hay cuatro fuentes de ley que son consideradas: derecho internacional público, tratados

---

141. *Arbitraje Estadística-ICC en 2013*, INTERNATIONALCHAMBEROF COMMERCE.COM, <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics/> (ultima visita 3 de Marzo de 2015).

142. *Id.*

143. *Ver generalmente* Convención de ICSID, *supra* nota 128.

144. *Arif v. Republic of Mold.*, ICSID Caso no. ARB/11/23, ¶ 134 (8 de Abril de 2013), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1370.pdf>.

145. Alec Stone Sweet, *Proporcionalidad, Principios Generales del Derecho, y Inversionista-Estado Arbitraje: Una Respuesta a José Alvarez*, 49 YALE J. INT'L L. at 2 (2014).



internacionales de inversión, el contrato entre el inversionista y el estado anfitrión, y la ley nacional del estado anfitrión.<sup>146</sup> Las cuatro fuentes son consideradas al mismo tiempo. En otras palabras, en el arbitraje internacional de inversión, el enfoque del tribunal de arbitraje no es solamente el tratado entre estados o el contrato entre el estado y la corporación. El hecho que se consideren estos cuatro factores de ley por el Tribunal de Arbitraje del ICSID es evidencia que la ley internacional de inversión no vive afuera del dominio del derecho internacional general y que no es una rama aislada de la ley. El caso de *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka* confirma esto en términos claros:

Un tratado bilateral de inversión no es un sistema legal autónomo y cerrado limitado a proveer reglas materiales sustantivas de aplicación directa, pero tiene que ser concebido dentro un contexto jurídico más amplio en el cual las reglas de otras fuentes son integradas por métodos de incorporación implícitos o por referencia directa a ciertas reglas suplementarias, ya sean de carácter de ley internacional o de ley domestica.<sup>147</sup>

De hecho, esto está en línea con la interpretación de tratados en el derecho internacional público. Bajo la Vienna Convention on the Law of Treaties, el derecho internacional general es un factor importante en la interpretación del un tratado internacional.<sup>148</sup>

Otra peculiaridad del ICSID - con respecto al vinculo del derecho público y el derecho privado - es que el derecho internacional público puede abarcar el derecho internacional privado. Por ejemplo, si un inversionista y Estado-Anfitrión no menciona recurrir al arbitraje del ICSID, un tratado internacional de inversión entre un estado inversionista y un estado anfitrión que se refiere al ICSID puede hacer el camino para arbitraje en caso de una disputa con respecto al contrato entre el inversionista y el estado. Entonces, el contrato es protegido debajo de la sombrilla del tratado internacional público. Una relación de derecho privado (relación comercial y de inversión) es incrustado en una relación de derecho internacional público.

Esto tiene que ver con la percepción de individuos privados y las corporaciones en el derecho internacional. En realidad, la percepción de hoy día es la consecuencia de evolución en el área. La Corte Permanente de Justicia Internacional, en su decisión en *Serbia Loans*, dijo que la ley

---

146. Convención de ICSID, *supra* nota 128, en art. 42(1).

147. *Asian Agric. Prod. Ltd v. Republica de Sri Lanka*, ICSID Caso no. ARB/87/3, ¶ 21(27 de Junio de 1990), 4 ICSID Rep. 246 (1990).

148. Convención de Viena, *supra* note 105, en art. 31(3)(c).



internacional aplica solo entre naciones.<sup>149</sup> Las relaciones legales que involucran actores que no sean los estados serían sujetas a leyes nacionales, reflejando la típica perspectiva positivista del derecho internacional.<sup>150</sup> De hecho, los únicos sujetos de derecho internacional eran los estados, insinuando que esas disputas sin un carácter de estados tienen que ser resueltas bajo ley nacional.<sup>151</sup> Sin embargo, hoy día, esta perspectiva ha cambiado. Hoy, las disputas entre estados y corporaciones y disputas entre corporaciones son, aparte de ley nacional, también sujetas a ley internacional y principios generales del derecho.<sup>152</sup>

En realidad, muchos principios generales del derecho internacional se derivan de leyes nacionales privadas.<sup>153</sup> Por ejemplo, los principios de ley internacional privada como *pacta sunt servanda* (los acuerdos tienen que ser respetados) y *bona fides* (principio de buena fe) son comúnmente invocados en el derecho internacional público y con respecto a contratos internacionales comerciales.<sup>154</sup> No obstante los fundamentos del derecho privado, los principios generales del derecho llevan a ciertas similitudes entre el derecho público y el derecho privado y traen una dimensión sistemática y constitucional al derecho internacional.<sup>155</sup> Entonces, el arbitraje internacional encuentra un punto en común basado en los principios generales de la ley.

En cuanto a la determinación de la relación entre las cuatro fuentes del arbitraje internacional de inversión, el sentido común y la experiencia del árbitro juegan un papel importante. La discreción del árbitro es crucial en la interpretación de estas cuatro fuentes y aplicarlos a un caso concreto. Por ejemplo, el árbitro puede decidir recurrir a los principios generales del derecho que ayudan a aliviar la posible y eventual rigidez del arbitraje internacional de inversión y que pueden llevar a la generalización de la ley.<sup>156</sup> Entonces, el arbitraje internacional no puede ser un método mecánico y determinado de solución de controversias. El arbitraje internacional es un método donde los expertos - árbitros - con su sentido común y principios

149. Ver Elihu Lauterpacht, *Derecho Internacional y de Privado Inversión Extranjera*, 4 IND. J. OF GLOBAL LEGAL STUD. 259, 272 (1997); Fr. v. Reino de Serbs, Croats y Slovenes, 1929 P.C.I.J. (ser. A) No. 20, ¶ 43 (20 de Julio).

150. Campbell McLachlan, *Tratados de Inversión y el Derecho Internacional General*, 57 INT'L & COMP. L. Q. 361, 373 (2008).

151. Elihu Lauterpacht, *supra* nota 149, en 272.

152. *Id.*

153. HERSCH LAUTERPACHT, FUENTES DERECHO PRIVADO Y ANALOGÍAS DEL DERECHO INTERNACIONAL 45 (1927).

154. *Id.* en 57.

155. *Id.* en 5.

156. Campbell McLachlan, *supra* nota 150, en 373.



generales toman escenario central. Esta es una ley universal que es válida para el arbitraje del derecho internacional público y privado.

En este sentido, el arbitraje mixto puede ser útil para adicional conceptualizar y contextualizar el concepto universal del arbitraje internacional. El arbitraje mixto trae a varias partes y fuentes de ley juntos.<sup>157</sup> El arbitraje internacional puede ser un laboratorio interesante en determinar si hay una noción común del arbitraje internacional, quien sean las partes y cualquiera que sea el asunto. En este sentido, al Irán-USA Claims Tribunal es un caso en punto.<sup>158</sup> De hecho, este artículo va, en la próxima sección, a tratar de explorar en más detalle e interpretar la naturaleza del arbitraje internacional por medio de este tribunal en particular.

### III. IRÁN-USA CLAIMS TRIBUNAL

#### A. Información de Fondo

Irán-USA Claims Tribunal fue establecido por los dos países por medio de un tratado en 1981 y todavía está vigente, adjudicando contenciones de derecho internacional público y comercial y disputas de inversión.<sup>159</sup> Por ejemplo, el Tribunal por un lado se encarga de responsabilidad del estado por actos internacionales ilícitos mientras también se encarga de daños generados por violaciones de contratos comerciales y de inversión.<sup>160</sup> Este tribunal es una plataforma que permite que los estados y sus ciudadanos (personas y corporaciones) de invocar sus reclamos.<sup>161</sup>

---

157. James Crawford, Profesor, U. de Cambridge, La Corte Permanente de Arbitraje y Dirección de Arbitraje Mixto a la Celebración del Centenario de la Corte Permanente de Arbitraje, 1 (18 de Octubre de 2007), disponible en [http://www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil\\_id=973](http://www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=973) (ultima visita 18 de Marzo de 2015).

158. Ver generalmente Irán -Estados Unidos Tribunal de Reclamaciones, IRAN-UNITEDSTATESCLAIMS.NET, <https://www.iusct.net/Pages/Public/A-About.aspx>, (ultima visita 18 de Marzo de 2015).

159. *Id.*

160. *Id.*

161. Declaración del Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular Relativo a la Solución de las Reclamaciones por parte del Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República Islámica del Irán, 19 de enero de 1981, art. VII, reimpresso en 20 I. L. M. 223 (1981) [en lo sucesivo Declaración sobre la Solución de Controversias]; Iran v. United States, 5 Iran-US Cl. Trib. Rep. 251, 261-62 (1984)

Mientras que este tribunal es evidente que se trata de un tribunal internacional Declaración sobre la solución de controversias establecidos en los tratados y mientras que algunos de sus casos involucran a las controversias entre los dos Gobiernos y que tienen que ver con la interpretación y aplicación del derecho internacional público, la mayoría de las controversias (incluidos los de doble



El hecho que individuos y corporaciones puedan invocar sus reclamos en una plataforma internacional es un desarrollo conspicuo del siglo veinte. Tribunales de arbitraje mixtos y comisiones han asegurado la participación de individuos y corporaciones en soluciones de disputas internacionales. La protección diplomática por el estado del cual los individuos y corporaciones son ciudadanos ha sido reemplazado por individuos y corporaciones que afirman sus derechos antes comisiones mixtas y tribunales.<sup>162</sup> De hecho, en el caso de protección diplomática, el estado no puede defender los intereses del individuo o la corporación en la mayor medida.<sup>163</sup> El estado puede dedicarse en un acto de balance mientras también toma en consideración ciertos asuntos políticos y estratégicos también.<sup>164</sup> En el derecho internacional clásico, un estado que no defiende (o no defiende apropiadamente) los intereses del individuo y la corporación *vis-a-vis* otro estado no es responsable.<sup>165</sup> Esto no resulta en negar la justicia, pero es un asunto totalmente a la discreción del estado soberano.

El sistema internacional, establecido después de 1945, abrió sus puertas a individuos y corporaciones y les dio remedios afuera del mecanismo de protección diplomática. En particular, en el área de la protección internacional de derechos humanos y del derecho internacional de inversión, individuos y corporaciones obtuvieron el derecho de demandar a los estados. Podría decirse que en esta etapa del desarrollo del derecho internacional, individuos y corporaciones que no tuvieron la oportunidad de recurrir a una audiencia judicial internacional pueden invocar la negación de justicia.

La yuxtaposición del derecho internacional público y comercial y el derecho de inversión en el Irán-USA Claims Tribunal es aun más aparente en que, antes del establecimiento del tribunal, los Estados Unidos traía sus disputas a la Corte Internacional de Justicia, la cual encontró (el gobierno de) Irán responsable por las intervenciones a las instalaciones diplomáticas

---

nacionalidad) implican una fiesta privada en un lado y un gobierno o entidad controlada por sobre la otra, y muchos de ellos participan principalmente las cuestiones de derecho municipal y de los principios generales del derecho. En tales casos, es el de los derechos de la reclamante, no de su nación, que han de ser determinadas por el Tribunal. Esto debe ser contrastado con la situación de subrogación de las reclamaciones de derecho internacional.

162. Ver Andrea K. Bjorklund, *Los costos de Deferencia: Soberanía del Estado y Denegación de Justicia Internacional* 10, 57 (2005) (obra inédita) (archivo en UC Berkeley School of Law), disponible en [https://www.law.berkeley.edu/files/bjorklund\\_05.pdf](https://www.law.berkeley.edu/files/bjorklund_05.pdf) (ultima visita 14 de Abril de 2015).

163. Ver *id.* en 11.

164. Ver *id.*

165. Ver *id.* en 5.



(embajadas y consulados) en Irán.<sup>166</sup> Sin embargo, esta decisión no terminó la disputa entre los Estados Unidos e Irán, ejecución de esta decisión permaneció problemática. Adicionalmente, habían muchos otros reclamos por individuos y corporaciones Americanas e Iraníes que no podían ser oídas por la Corte Internacional de Justicia, una corte entre estados. Los Estados Unidos recurrió inicialmente a la autoridad clásica del derecho internacional (la ICJ); cuando esta iniciativa no produjo el resultado esperado, el tribunal de arbitraje incluyendo ambos el derecho internacional y una dimensión comercial-inversión de la disputa fue fundada. En este momento, el arbitraje internacional surgió como un complemento al derecho internacional público clásico.

Como se mencionaba anteriormente, el Irán-USA Claims Tribunal no es el primer tribunal de arbitraje híbrido en la historia. En 1794, los Estados Unidos y Gran Bretaña, por medio del Tratado Jay, establecieron un tribunal de arbitraje mixto donde, además de disputas de frontera entre los dos estados, reclamos de propiedad y contratos por ciudadanos de cada estado eran resueltos.<sup>167</sup> La peculiaridad de este tribunal de arbitraje era que las disputas fueron resueltas en términos de justicia, igualdad y ley internacional, esta junto con principios generales de la ley, teniendo un papel importante en el funcionamiento del tribunal.<sup>168</sup> En este respecto, Irán-USA Claims Tribunal es posiblemente el tribunal de arbitraje principal debido a la diversidad de las partes, su alcance en términos de asuntos (derecho internacional público, derecho comercial, y derecho de inversión) y su duración.<sup>169</sup>

De igual importancia, el tribunal fue establecido por el acuerdo común entre dos países que resultaban estar en términos que se pueden describir como no cordiales. Normalmente, el arbitraje internacional opera entre estados y corporaciones que están en términos amigables, e interactúan en un espíritu de reconciliación. Entonces, Irán-USA Claims Commission es importante porque ha lidiado con disputas entre dos países (y sus ciudadanos) que no tienen buenas relaciones diplomáticas, que resalta la adaptabilidad y flexibilidad del arbitraje internacional.

---

166. Ver generalmente Consular Diplomático de los Estados Unidos en Teherán (U.S. v. Iran), 1980 I.C.J. 106 (mayo 24).

167. Katja S. Ziegler, *Jay Treaty (1794) I*, [www.oxfordpublicinternationallaw.com](http://www.oxfordpublicinternationallaw.com), (abril 2013), <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e50?rskey=5FHlg4&result=1&prd=EPIL> (última visita 26 de Marzo de 2015).

168. Ver generalmente *id.*

169. Ver Warren Christopher & Richard M. Mosk, *La crisis iraní de los rehenes y el Irán-EE.UU. Tribunal de Reclamaciones: Implicaciones para la resolución internacional de controversias y la Diplomacia*, 7 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 165, 171 (2007).



Se debe notar en este punto que Irán-USA Claims Tribunal alentó la resolución de diferencias afuera del tribunal.<sup>170</sup> Esto prueba que, en vez de ser un procedimiento adversario, el arbitraje internacional es un procedimiento de sentido común, que lleva a la resolución lo mas rápido posible sin estar atado a formalidades de procedimiento. De hecho, la política perseguido por el arbitraje internacional es de resolver disputas políticas, comerciales, y de inversión lo mas rápido posible de una forma efectiva y practica sin tener que recurrir a reglas de procedimiento complejas.<sup>171</sup>

Una noción similar de sentido común es visible en la actitud del Tribunal con respecto a reclamos exorbitantes hecho por algunas corporaciones Americanas contra Irán.<sup>172</sup> Estos reclamos fueron basados en el argumento de que como resultado de la revolución en Irán, contratos específicos con dando como resultado daños fueron incumplidos, sino que también perdidas en el mercado Iraní fueron incurridos que tenían que ser identificados por las autoridades Iraníes.<sup>173</sup> Los reclamos fueron desechados por el Tribunal, que dijo que Irán no tenía que pagar daños y prejuicios como resultado de la Revolución en Irán.<sup>174</sup> Entonces, el camino de demandar daños especulativos de Irán basados en la revolución fueron bloqueados. Por otro lado, esto es prueba del hecho que la soberanía de estado es inalienable con respecto a la determinación del régimen político domestico; Irán no asumió ninguna responsabilidad a la comunidad internacional por el cambio de su régimen. De lo contrario, el veredicto fue evidencia que el tribunal escogió considerar la violación del contrato actual y daños relacionados, y no perdidas especulativas, que sería difícil de justificar y calcular. Esto es, de una manera, la confirmación del hecho que esos comerciantes e inversionistas que invirtieron en un país extranjero tomen un cierto riesgo en sus transacciones. Empresarios y los estados del cual son ciudadanos deberían estar conscientes del hecho que siempre hay la posibilidad de trastorno político y económico en los países donde se hace la inversión. Esto debería ser un factor en la evaluación de riesgo que hacen parte de las transacciones de negocios internacionales.

Aunque las relaciones entre los Estados Unidos e Irán puede que se hayan deteriorado después de 1979, los dos gobiernos y sus ciudadanos disfrutaron bastantes vínculos políticos y económicos antes de la

---

170. Kate Gillespie, *Las Empresas de Estados Unidos e Irán en La Haya*, 44 MIDDLE EAST J. 18, 29 (1990).

171. *Id.* en 34.

172. *Ver id.* en 27.

173. *Id.* en 34.

174. *Id.* en 27.



revolución.<sup>175</sup> Un número considerable de individuos y corporaciones Americanas habían invertido en Irán, mientras muchos individuos e instituciones Iraníes tenían cuentas en bancos en los Estados Unidos. Sin embargo, después de la revolución, los dos estados empezaron a aplicar sanciones políticas, económicas y legales.<sup>176</sup> Mientras los Estados Unidos congeló las cuentas Iraníes en los bancos Americanos, Irán nacionalizó las propiedades Americanas e inversiones en Irán. Muchos individuos y corporaciones Americanas demandaron a Irán en cortes Americanas.<sup>177</sup>

Es incierto si las decisiones de cortes nacionales son efectivas en contra de un país extranjero. Sí es posible que un estado reconozca las decisiones de una corte domestica de un estado, pero para que eso ocurra tiene que existir un tratado internacional entre los dos estados o que los dos estados estén en términos amigables. En el caso de la relación entre Estados Unidos e Irán, ninguna condición aplica. En particular, es sumamente improbable, debido al principio de inmunidad soberana anclado en el derecho internacional, para que una decisión de una corte doméstica pueda ser invocada en contra de un país extranjero.<sup>178</sup>

De hecho, en la decisión de Jurisdictional Immunities de la estado, la Corte Internacional de Justicia (ICJ) concluyó que la decisión tomada por las cortes Italianas en contra de Alemania están en violación de la ley internacional.<sup>179</sup> Estas decisiones requerían que Alemania pagara los daños a las víctimas de guerra Italianas durante la Segunda Guerra Mundial, las víctimas situación citaron como violaciones de derechos humanos y de leyes humanitarias internacionales.<sup>180</sup> Las decisiones de las cortes Italianas llevó a la apropiación de propiedades del estado Alemán en Italia.<sup>181</sup> El ICJ encontró que el estado Italiano era responsable y culpable al permitir estas decisiones por cortes domesticas (reclamos civiles) de ser llevados a cabo y ejecutados en violación de la inmunidad del estado Alemán.<sup>182</sup> La corte exhortó a al estado Italiano para rectificar ese error.<sup>183</sup>

---

175. Gillespie, *supra* nota 170, en 19.

176. *Id.*

177. *Id.*

178. *Ver generalmente* Halil Rahman Basaran, *Inmunidad Soberana, Quo Vadis?*, 27 N.Y. INT'L L. REV. 1 (2014).

179. *Ver generalmente* Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (Ger. v. It.: Greece intervening), 2012 I.C.J. 99 (Feb. 3).

180. *Id.*

181. *Id.*

182. *Id.*

183. *Id.* en 59. La parte dispositiva de la sentencia es la siguiente:



## B. La Necesidad del Arbitraje Internacional

El establecimiento del Irán-USA Claims Tribunal demuestra que la necesidad del arbitraje internacional en resolver disputas internacionales es aparente. Mientras el arbitraje doméstico es una alternativa para las cortes domésticas, el arbitraje internacional es en algunos casos el único camino factible para resolver disputas internacionales. Disputas internacionales políticas, legales y comerciales se cree que están mejor resueltas por medio del arbitraje internacional y no por cortes domésticas. Es interesante notar que en el arbitraje internacional, en la mayoría del tiempo la ley nacional es aplicada a la disputa, pero en vez de que las cortes domésticas apliquen ley nacional, el arbitraje internacional comercial proporciona para que los árbitros apliquen ley nacional. Entonces, la sensibilidad en esta área en particular es sobre la autoridad de aplicar la ley nacional, pero no el uso de la ley nacional.

Por ejemplo, en el International Chamber of Commerce Arbitration Court, en el caso número 13730, la corte de arbitraje presidió y evaluó un contrato (*vis-a-vis* su cancelación) entre un fabricante Japonés y un distribuidor Polaco, el contrato sujeto a la ley Japonesa.<sup>184</sup> El tribunal de arbitraje aplicó los principios generales de la ley Japonesa de contratos (tratado justo, buena fe, prevención de abuso de derechos) al caso y encontró que el hecho que el fabricante Japonés haya cancelado el contrato era conforme con estos principios.<sup>185</sup> Aunque los actos del fabricante Japonés demostraron una contradicción en su relación con el distribuidor y que la ley Japonesa de contratos resultó ser ambigua en algunos aspectos, a lo último, los árbitros no encontraron que la cancelación del contrato por el fabricante Japonesa era inválida.<sup>186</sup>

---

El Tribunal considera que la República Italiana ha violado su obligación de respetar la inmunidad de la que la República Federal de Alemania tiene en virtud del derecho internacional por lo que las demandas civiles contra ella en función de las violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por el Reich alemán entre 1943 y 1945. El Tribunal de Justicia considera que la República Italiana, mediante la promulgación de legislación apropiada, o recurriendo a otros métodos de su elección, asegúrese de que las decisiones de los tribunales y de otras autoridades judiciales vulnerar la inmunidad de la que la República Federal de Alemania tiene en virtud del derecho internacional dejará de tener efecto.

184. *Ver generalmente* Distribuidor (Pol.) y La Hija Empresa del Distribuidor (Isla de Man) v Fabricante (Japón) y el fabricante Europa (país europeo), Caso No. 13730 de 2013, 38 Y.B. Comm. Arb. 79, ¶ 39 (ICC Int'l Comm. Arb.).

185. *Id.* en ¶ 86.

186. *Id.* en ¶ 89.



Como regla, las leyes nacionales y las decisiones por las cortes nacionales no pueden ser invocadas en contra de los estados extranjeros. Entonces, las partes de la disputa prefieren traer la disputa a adjudicación internacional, que estaría debajo de su control - por medio del arbitraje internacional. El arbitraje internacional es prueba del hecho que los estados se abstienen de recurrir a iniciativas unilaterales políticas, diplomáticas y legales. Sería justo asumir que los problemas políticos, diplomáticos, comerciales y legales están vinculados. Sin embargo, aunque alguna de las partes puede abiertamente citar solo uno de estos problemas, los otros problemas son inevitablemente invocados. Entonces, parecería ser más eficiente resolver este matriz de problemas por medio de una misma autoridad de una forma holística, técnica y objetiva. Sin embargo, las cortes internacionales permanentes (Corte Internacional de Justicia) puede que no posean las características necesarias para lidiar con todos estos problemas. Los individuos y corporaciones, por ejemplo, no pueden demandar bajo la Corte Internacional de Justicia.<sup>187</sup>

De hecho, en el Algiers Accord de 1981 - que estableció el Irán-USA Claims Tribunal - estipuló al Tribunal con tres cabezas de jurisdicción.<sup>188</sup> Primero, los dos estados pueden acudir al Tribunal para problemas con respecto a los contratos que involucren bienes y servicios.<sup>189</sup> Segundo, los ciudadanos de ambos países pueden demandar al otro país sobre comercio e inversión; el *locus standi* de los individuos y corporaciones en este sentido es independiente del de los dos países, y es en realidad lo que hace que el tribunal sea mixto.<sup>190</sup> Tercero, ambos países pueden recurrir al Tribunal para la interpretación y implementación del Algiers Accord de 1981.<sup>191</sup> Esta jurisdicción del Tribunal es sobre la interpretación de un tratado internacional. La Convención de Viena sobre la Ley de Tratados juega un papel importante en esta interpretación.<sup>192</sup> Como es claro de estas tres cabezas de jurisdicción, se esperaba que el Tribunal considerara las disputas entre Irán y los Estados Unidos de una forma sistemática y holística. Si las cortes nacionales de Irán y los Estados Unidos decidieran todas estas disputas, la decisión que resultaría hubiera tenido una falta de entendimiento

---

187. *Preguntas Más Frecuentes*, INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, <http://www.icj-cij.org/information/index.php?p1=7&p2=2#2> (última visita 26 de Marzo de 2015).

188. Christopher & Mosk, *supra* nota 169, en 169.

189. Declaración Sobre la Solución de Controversias, *supra* nota 161, en art. II.

190. *Id.*

191. *Id.*

192. David D. Caron, *La Naturaleza del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán y la Evolución de las Estructuras de la Solución de Controversias Internacionales*, 84 AM. J. INT'L L. 104, 137 (1990).



común y una perspectiva general, y contradicciones hubieran surgido dentro de estas decisiones.

### C. Aplicación de Leyes

Irán-USA Claims Tribunal también es importante porque no solo aplicó las reglas nacionales sino que también los principios generales del comercio internacional (*lex mercatoria*).<sup>193</sup> La contribución del Tribunal al derecho internacional comercial es indudable. Además, el Tribunal lidió con asuntos técnicos involucrando responsabilidad contractual, responsabilidad y daños, y también, directa o indirectamente, manejó asuntos políticos sensibles.<sup>194</sup> De hecho, el Tribunal adjudicó sobre la Treaty of Amity entre dos estados, el grado de daños, la tasa de interés, expropiación, nacionalización, doble ciudadanía, tasas de cambio, expulsión ilegal, violación de contrato, interpretación de tratado y superviniente imposibilidad de performance de contratos.<sup>195</sup>

Este es un resultado natural ya que en las disputas entre dos estados y sus ciudadanos considera ambos los intereses del derecho internacional público y asuntos comerciales internacionales. La falta de otro remedio para la resolución de estas disputas diversas abrió el camino para el establecimiento de un tribunal de arbitraje como un corolario de sentido común. De hecho, el Tribunal aplicó los principios del derecho internacional público y los principios del derecho comercial juntos en la misma plataforma, ambos siendo el corolario del sentido común.<sup>196</sup>

Las reglas de UNCITRAL, con un leve adaptación, constituyen las reglas de procedimiento del Tribunal, que prueba que las reglas de UNCITRAL pueden ser empleadas no solo en el arbitraje internacional comercial (para su propósito original), pero también para el arbitraje entre estados.<sup>197</sup> Esto también es evidencia del hecho que la noción del arbitraje internacional es universal, quienes sea las partes de la disputa. La universalidad existe en términos de reglas de procedimiento en el arbitraje internacional.

Está dicho en el Artículo 34 de las Reglas de Procedimiento del Tribunal que las partes pueden llegar a un acuerdo entre ellos y tener el acuerdo

193. Christopher & Mosk, *supra* nota 169, en 173.

194. *Id.*

195. *Id.*

196. Pinto & McAsey, *supra* nota 122, en 18.

197. Comparar las Reglas del Tribunal de Procedimiento artículo 34, Irán-EE.UU. Tribunal de Reclamaciones, <http://www.iusct.net/General%20Documents/5-TRIBUNAL%20RULES%20OF%20PROCEDURE.pdf> (última visita enero. 20 de 2011) [en lo sucesivo Tribunal Rules of Procedure] con UNCITRAL, *supra* nota 123.

aprobado por el Tribunal.<sup>198</sup> De hecho, más de la mitad de las decisiones del Tribunal son adquiridas de esta manera, sin adjudicación directa de la disputa, una reflexión y instantiation de la diplomacia clásica.<sup>199</sup> Los estados pueden, si se necesita, llegar a acuerdos detrás de puerta cerrada y pueden evadir cualquier publicidad negativa en términos de sus intereses nacionales ante de tribunal internacional.<sup>200</sup>

Algunos argumentan que el Irán-USA Claims Tribunal es muy político y que los árbitros llegan a decisiones en línea con sus inclinaciones políticas.<sup>201</sup> De lo contrario, en el arbitraje internacional comercial, los asuntos económicos y intereses técnicos dominan en vez de asuntos políticos.<sup>202</sup> Por consiguiente, uno no puede citar las decisiones del Tribunal como precedente en el arbitraje internacional comercial. En este contexto, Irán-USA Claims Tribunal debería ser clasificado como arbitraje internacional público. Posiblemente, esta clasificación del arbitraje entre Irán y Estados Unidos tiene que ver con el deseo de los profesores de derecho privado de ver la ley pública como una estructura sistemática y coherente.<sup>203</sup> De acuerdo con esta perspectiva, no es factible integrar el derecho internacional público en el derecho privado por medio del arbitraje mixto.

Aunque el Tribunal Irán-Estados Unidos decidió muchas disputas de leyes nacionales y ley internacional, el hecho es que el Tribunal también se refirió a los principios generales de la ley, entonces permitiendo un tipo de entrelace del derecho internacional público y el derecho internacional privado. El lenguaje de principios generales de la ley referidos por el Tribunal demuestra la intención de encontrar un terreno común entre Irán y los Estados Unidos. La relación dañada entre los dos países ha hecho, en ciertos casos, que el Tribunal se refiera no a sus leyes nacionales sino a principios generales de la ley.<sup>204</sup> De hecho, el Artículo V de "Claims Settlement Declaración" firmada por Irán y por los Estados Unidos requiere que la resolución de disputas sea con base al respeto general por la ley y por medio de cumplir con los principios del derecho comercial e internacional.<sup>205</sup>

---

198. Reglamento del Tribunal, *supra* nota 197, en art. 34.

199. Karl-Heinz Bockstiegel, *Aplicar el Reglamento de la UNICTRAL: La experiencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos*, 4 BERKELEY J. INT'L L. 266, 268 (1986).

200. *Ver id.*

201. Caron, *supra* nota 192, en 105.

202. *Id.*

203. *Id.*

204. Grant H. Hanessian, "Principios generales del Derecho" en el Irán-EE.UU. Tribunal de Reclamaciones, COLUM. J. TRANSNAT'L L. 309, 311 (1988).

205. Declaración sobre la Solución de Controversias, *supra* nota 201, en art. V. El Tribunal decidirá sobre todos los casos sobre la base del respeto de la ley, la aplicación de dicha elección de las normas legales y de los principios del derecho mercantil y el derecho internacional, el Tribunal determina



En fin, los principios generales de la ley han sido vistos como instrumentos con los cuales se reconcilian estos dos estados.

Los principios generales de ley están en cuestión en términos del derecho internacional público y derecho internacional comercial.<sup>206</sup> De hecho, los principios generales de ley han incrementado el margen del Tribunal de maniobrar, que aparenta estar en conflicto con la tradición del derecho internacional privado, donde más o menos automáticamente, las leyes nacionales son aplicadas a las disputas. En otras palabras, los principios generales de ley pueden de-nacionalizar la ley que se aplica a la disputa y entonces incrementar la discreción del Tribunal.<sup>207</sup> El Tribunal no se siente obligado a aplicar las leyes nacionales específicas a las disputas.<sup>208</sup>

De hecho, en algunos casos, por medio de depender en los principios generales de ley, el Tribunal no aplicó las leyes nacionales explícitamente indicadas en el contrato internacional comercial.<sup>209</sup> Por ejemplo, aunque en el contrato era claro que la ley de Irán debería ser aplicada a las disputas sobre el contrato, el Tribunal no aplicó las leyes de Irán.<sup>210</sup> En otro caso, el Tribunal rechazó la aplicación de la ley de Irán a una disputa de contrato porque invocó el principio de “cambio fundamental de circunstancias.”<sup>211</sup> El hecho de que la ley que se aplique a una disputa, ya sea pública o privada, no es necesariamente la ley nacional es evidencia de la confianza en el arbitraje internacional.<sup>212</sup>

Más importante, en este Tribunal, la división entre el derecho público y privado ha sido parcialmente borrado debido a los principios generales de ley.<sup>213</sup> Aunque un tratado internacional estableció el Irán-USA Claims Tribunal, el Tribunal también ha lidiado con disputas legal privadas como si fuese una corte nacional.<sup>214</sup> En hacerlo, el Tribunal a veces a propósito no

---

que sean aplicables, teniendo en cuenta los usos del comercio, las disposiciones contractuales y de los cambios de circunstancias.

206. Hanessian, *supra* nota 204, en 311-12, 323, 326. Por ejemplo, en lo que respecta a la nacionalidad de las sociedades (Hous. & Urban Servs. Int'l Inc. v. Iran, 9 Iran-US Cl. Trib. Rep. 313, 330-33 (1985) y la tasa de interés a ser aplicada (Sylvania Tech. Sys. Inc. v. Iran, 8 Iran-US Cl. Trib. Rep. 298, 320 (1985)), El Tribunal se refirió a principios de derecho internacional.

207. *Id.* en 317.

208. *Id.* en 327.

209. Am. Bell Int'l, Inc. v. Iran, 12 Iran-US Cl. Trib. Rep. 170, 3 (1986).

210. *Id.*

211. *Ver generalmente* Aeronutronic Overseas Servs. Inc. v. Iran, 7 Iran-US Cl. Trib. Rep. 217 (1984).

212. *Ver generalmente id.*

213. *Ver generalmente* Hanessian, *supra* nota 204.

214. *Ver generalmente id.*

toma en cuenta el conflicto de leyes o las leyes nacionales del todo.<sup>215</sup> Entonces, el Tribunal comprueba que el arbitraje internacional es una institución capaz de tomar iniciativa independiente y resolver disputas de una manera pragmática.

#### D. Ejecución de las Decisiones del Irán-USA Claims Tribunal

El Artículo IV(3) del Claims Settlement Declaration subyacente a la Irán-USA Claims Tribunal, dice que cualquier premio que el Tribunal decide en contra de cualquier gobierno tendrá que ser ejecutado ante ese gobierno en las cortes de cualquier nación de acuerdo con sus leyes.<sup>216</sup> De hecho, las cortes Americanas han decidido que las decisiones del Tribunal tiene que ser reconocidas y ejecutadas por el sistema judicial Americano y con los términos de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.<sup>217</sup> Entonces, las decisiones del Tribunal son clasificadas como decisiones de arbitraje comercial extranjeras por las cortes Americanas.

De hecho, las reglas de procedimiento del Tribunal con las reglas de UNCITRAL, son solo cambios mínimos. Las reglas de UNCITRAL son concebidas para el derecho internacional comercial. Crucialmente, las reglas de UNCITRAL requiere que las leyes mandatorias del sitio de arbitraje sean cumplidas.<sup>218</sup> Entonces, el Irán-USA Claims Tribunal no puede tomar decisiones que estén en violación de las leyes mandatorias y la política pública de Holanda, el sitio de arbitraje en este caso en particular. Significativamente, no hubo objeciones de eso por parte de Estados Unidos ni Irán cuando firmaron el Algiers Accord estableciendo el Tribunal.<sup>219</sup> La supremacía de la ley Holandesa sobre el Tribunal es notable, con las decisiones entre estados y estados y corporaciones (o estados e individuos) de ser consideradas como decisiones de arbitraje Holandesas.<sup>220</sup>

El hecho que las leyes nacionales - ley de Holanda - sea designada como la ley que aplica al arbitraje prueba que el Irán-USA Claims Tribunal no es un arbitraje clásico entre estados. Similarmente, el hecho que ni Irán ni los Estados Unidos puedan tener objeción a la ejecución de las decisiones de

---

215. *Id.* en 311.

216. Declaración sobre la Solución de Controversias, *supra* nota 161, en art. IV(3).

217. *Ministry of Def. of Islamic Republic of Iran v. Gould Inc.*, 887 F.2d 1357, 1358 (9th Cir. 1989).

218. UNCITRAL, *supra* nota 123, en art. I(2). Estas reglas deben gobernar el arbitraje salvo que en los casos en que cualquiera de estas reglas está en conflicto con las disposiciones de la ley aplicable al arbitraje que las partes no puedan derogar, prevalecerá esa disposición.

219. Caron, *supra* nota 192, en 146.

220. *Ver id.*



arbitraje, junto con la imposibilidad de invocar inmunidad soberana, son evidencia de la interconexión del arbitraje internacional público y privado. Importantemente, las reglas de UNCITRAL adoptadas por el Tribunal no proveen diferenciación en la ejecución de las decisiones de arbitraje, aunque hayan sido dadas por una disputa entre estados y una disputa entre un estado y un ciudadano de otro estado.<sup>221</sup>

Interesantemente, el Tribunal no busca tener una conexión entre los reclamos de derecho privado y reclamos de derecho internacional.<sup>222</sup> Los reclamos de derecho internacional privados o públicos pueden ser invocados independientemente del otro sin la necesidad de una conexión directa entre los dos. Por ejemplo, una corporación no tuvo que probar que como resultado de una violación de un contrato comercial, un derecho en el área del derecho internacional también fue violado.<sup>223</sup> Las corporaciones no tienen que invocar negación de justicia, y tampoco es necesario probar la responsabilidad de un estado por un acto internacional ilegal.<sup>224</sup> Violación en solo una esfera (pública o privada) es suficiente para tener una petición ante el Tribunal; no hay necesidad de un nexo directo entre las dos esferas para poder demandar ante el Tribunal, apuntando a una relación coterminous entre las dos esferas, en vez de una ser marcada por interdependencia.<sup>225</sup>

#### *E. Arbitraje Internacional y Política*

En tiempos normales, el arbitraje entre estados, arbitraje comercial y arbitraje de inversión toman lugar como un solo arbitraje, enfocándose en disputas específicas y limitadas. De contraste, el arbitraje mixto es generalmente recurrido como consecuencia de crisis y trastorno político y económico. Después de la crisis, las denuncias de estados, corporaciones y individuos se acumulan. El arbitraje mixto se encarga de la totalidad de estas denuncias en una estructura de una sola institución. En este respecto, Irán-USA Claims Tribunal es un ejemplo típico del arbitraje mixto.

El arbitraje mixto permite que los actores del derecho internacional público y el derecho internacional privado lleguen a un acuerdo de sus disputas en una misma plataforma. Esto permite y asegura que haya un cierto entrelace del derecho público y el derecho privado. De un lado, el arbitraje mixto integra a los individuos en el derecho internacional mientras en el otro

---

221. Ver generalmente UNCITRAL, *supra* nota 123.

222. Ver David Lloyd Jones, *El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos: derechos privados y la responsabilidad del Estado*, 24 VA. J. INT'L L. 259, 274 (1984).

223. Ver *id.*

224. Ver *id.*

225. Ver *id.*

lado desarrolla la noción de responsabilidad del derecho internacional. De hecho, Irán-USA Claims Tribunal cumplió ambas funciones.<sup>226</sup>

Esta situación mixta también se ve con respecto al profesionalismo de los árbitros. De hecho, los árbitros del derecho internacional público y los árbitros del derecho internacional privado (árbitros de derecho comercial) normalmente no se traspasan el dominio del otro: los eruditos y los abogados que lidian con ambos tipos de arbitraje son relativamente pocos en número. Sin embargo, esta división es basada en intereses profesionales e inclinaciones en vez de en distinciones rígidas entre dos tipos distintos de arbitraje.<sup>227</sup> Esta distinción tiene que ver más con los expertos, técnicos y profesionales que están dispuestos en especializarse en áreas relativamente restringidas y su sentido de comunidad proviniendo de esta especialidad. De hecho, el Irán-USA Claims Tribunal probó que un mismo tribunal de arbitraje puede lidiar con asuntos de derecho internacional público y privado, y con las disputas entre estados, corporaciones e individuos de la misma manera.

#### IV. CONCLUSIÓN

El arbitraje internacional es un concepto universal y una institución flexible que trasciende la división entre el derecho público y privado. El propósito, el sitio y la confidencialidad del arbitraje internacional, la función de los árbitros, la comunidad institucional, la ejecución de las decisiones de arbitraje, la ley que se aplica a un arbitraje, y la falta de un precedente obligatorio todo apuntan a la idea que el arbitraje internacional es un método de resolver disputas basado en el sentido común. Quien sean las partes y los temas del arbitraje internacional, uno no puede postular una diferenciación definitiva y absoluta entre el arbitraje internacional público y privado. De hecho, la universalidad y la flexibilidad del arbitraje son más visibles en el arbitraje mixto - como el Irán-USA Claims Tribunal - donde un volumen grande y diverso de disputas después de una crisis empujaron los límites de creatividad en la fundación y funcionamiento del arbitraje internacional.

---

226. Iran v. United States, 5 Iran-US Cl. Trib. Rep. 251, 261 (1984) Mientras que este Tribunal es claramente un tribunal internacional establecido por el tratado y, si bien algunos de los casos son controversias entre los dos Gobiernos y a la interpretación y aplicación del derecho internacional público, la mayoría de las controversias (incluidos todos los de doble nacionalidad, a un grupo privado de un lado y un gobierno o entidad controlada por sobre la otra, y puede involucrar principalmente cuestiones de derecho municipal y de los principios generales del derecho. En tales casos, es el de los derechos de la reclamante, no de su nación, que han de ser determinadas por el Tribunal.).

227. Rogers, *supra* nota 84, en 1001, n. 149.