

LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DOMÉSTICA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

DOMESTIC PRELIMINARY RULING ISSUE IN INVESTMENT ARBITRATION

*Lucas Alejandro Villagrán Gajardo**

RESUMEN: En este trabajo se analiza un supuesto específico de interacción entre el derecho doméstico y el derecho internacional en el marco de los arbitrajes de inversión, el cual ha sido caracterizado como “cuestión prejudicial doméstica”. A su vez, pretende plantear un modelo de análisis vinculado a la prejudicialidad, que explique el razonamiento que han tenido algunos tribunales arbitrales cuando se han enfrentado a este supuesto, además de abogar por su aplicación. Deseablemente, la aplicación sostenida de este modelo podría servir como remedio ante el problema de contradicción entre tribunales arbitrales de inversión y tribunales domésticos, que se estima, afecta a la legitimidad del sistema internacional de inversiones.

PALABRAS CLAVE: arbitraje de inversión, prejudicialidad, derecho doméstico, derecho internacional, dualismo, monismo.

ABSTRACT: This paper aims to analyze a specific case of interaction between domestic law and international law in the context of investment arbitration, which has been characterized as a “domestic preliminary ruling”. At the same time, it aims to propose a model of analysis linked to preliminary rulings, which explains the reasoning that some arbitral tribunals have had when faced with this case, in addition to advocating its application. Desirably, the sustained application of this model could serve as a remedy to the problem of contradiction between investment arbitration tribunals and domestic courts, which is considered to affect the legitimacy of the international investment system.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Ayudante del Departamento de Derecho Procesal y Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Correo electrónico: lucas.villagran@derecho.uchile.cl

KEYWORDS: investment arbitration, prejudiciality, domestic law, international law, dualism, monism.

INTRODUCCIÓN

Las teorías que tradicionalmente han explicado la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional han sido el monismo y el dualismo. De acuerdo con la doctrina dualista, ambos ordenamientos constituyen sistemas autónomos y permanecen separados, teniendo ambos sus propias esferas de aplicación¹. Por otra parte, para la escuela monista, el derecho internacional y nacional son partes de un solo ordenamiento jurídico, asumiendo la rama internacional una posición superior en este orden².

Sin embargo, las discusiones doctrinales entre el monismo y dualismo han perdido relevancia en la actualidad, pues se ha tendido a dar mayor preferencia a la práctica por sobre la teoría³. En efecto, se ha constatado que existen múltiples puntos de contacto y divergencia entre ambos sistemas jurídicos, estudiándose la interrelación entre los tribunales nacionales que aplican el derecho doméstico y los tribunales internacionales que aplican el derecho internacional público⁴.

El anterior panorama se ha replicado en el contexto de los arbitrajes de inversión. Si bien suele postularse que estos se insertan dentro del derecho internacional público⁵, resulta innegable que los tribunales domésticos y el derecho nacional poseen un papel en diversas aristas de estas disputas⁶. Esto conlleva a que las disputas de inversiones tengan un amplio efecto en el contexto doméstico de la inversión sujeta a disputa⁷, lo cual va de la mano con la naturaleza híbrida “público-privada” de este mecanismo de resolución de disputas, naturaleza que se expresa en dimensiones como: el régimen legal aplicable al arbitraje, los actores involucrados en las disputas, la función que cumplen los tribunales y las materias objeto de las decisiones finales⁸.

De la misma forma que la disputa de inversiones incide en el ámbito interno, el derecho nacional interno representa un papel trascendental en la re-

¹ BALDWIN (1916) p. 180.

² PRISLAN (2019) p. 7.

³ *Ibid.*

⁴ Véase SHANY (2008) p. 2 ss; TZANAKOPOULOS (2011) p. 133 ss.; VIRDZHINIYA (2021) p. 21 ss.

⁵ ROBERTS (2015) p. 356.

⁶ PRISLAN (2019) p. 1.

⁷ URUEÑA (2016) p. 106.

⁸ *Op. cit.* pp. 104-105.

solución de disputas referidas a inversiones⁹. En efecto, existe una serie de supuestos en que el derecho doméstico es esencial para estimar si ha existido vulneración al tratado de inversiones¹⁰, en términos tales que la disputa exige hacer referencia al derecho nacional en que se situó la inversión¹¹. Dentro de estas situaciones, uno de los supuestos más relevantes es el de aquello que podría llamarse una “cuestión prejudicial doméstica”; es decir, aquel supuesto en el cual existe una cuestión previa que es regulada en virtud del derecho nacional (y, por lo tanto, es naturalmente materia de competencia de las Cortes domésticas), y que constituye un paso lógico-jurídico para entrar en el juzgamiento sobre la vulneración de una inversión. Este tipo de supuestos son usuales en las disputas de inversiones¹², y representan una situación de contacto entre el derecho internacional y el derecho doméstico, lo cual exige coordinación y diálogo entre ambos ordenamientos y, en particular, de los órganos adjudicadores pertenecientes de los mismos.

En este trabajo se abordará el panorama actual de este tipo de supuestos, observando sus características, contornos, tratamiento, los problemas que conlleva y sus posibles soluciones. Para ello:

- I. se abordará primeramente la serie de supuestos en que el derecho nacional tiene un papel relevante en una disputa de inversiones.
- II. Posteriormente, se distinguirán aquellos supuestos en que la cuestión doméstica debe ser resuelta como cuestión previa, es decir, como un paso lógico-jurídico necesario para entrar en la resolución de la disputa sobre inversiones.
- III. Luego, se analizará cuál ha sido la actitud que han tomado los tribunales arbitrales en materia de inversiones cuándo se han enfrentado al problema de la cuestión previa doméstica, y se observará con especial detención la situación en que ha existido una sentencia doméstica que ha resuelto aquella cuestión con anterioridad al procedimiento de inversiones.
- IV. En este contexto, se relacionarán estas circunstancias con el creciente problema de deslegitimación que aqueja al arbitraje inversor-Estado hoy.
- V. Enseguida, se analizará la institución de la cosa juzgada como mecanismo utilizado en los ordenamientos domésticos del derecho continental y el *common law* para concretizar el valor de la coherencia entre decisiones judiciales.

⁹ HEPBURN (2017) p. 4.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ SCHREUER (2014) pp. 17-18.

¹² HEPBURN (2017) p. 2; CHERNYKH (2022) p. 305.

VI. Como se argumentará, la proyección de esta institución (en su vertiente positiva) hacia el arbitraje de inversiones podría servir como remedios ante el problema de incoherencia que aqueja hoy al arbitraje de inversiones, además de explicar el razonamiento que algunos tribunales han tenido en situaciones de cuestiones previas, encontrándose cierto reconocimiento implícito de la prejudicialidad heterogénea.

VII. Este modelo de análisis será sometido a eventuales críticas que podrían plantearse (VII).

Finalmente, se entregará un panorama general a la luz de las conclusiones de este trabajo.

I. LA RELEVANCIA DEL DERECHO DOMÉSTICO EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

El objeto de todo procedimiento de protección de inversiones es juzgar la responsabilidad internacional de un Estado por la vulneración a una inversión extranjera¹³. Por tanto, la aplicación del derecho internacional público es una consecuencia lógica derivada de la naturaleza de estas disputas, y del hecho de que la materia objeto de la disputa se encuentra regulada por el derecho internacional¹⁴.

Ahora bien, ha sido reconocido que el ordenamiento internacional no es autosuficiente en materia de inversiones extranjeras¹⁵, razón por la cual debe ser combinado con el derecho nacional del Estado contratante para lograr el juzgamiento internacional¹⁶. A pesar del papel central que podrían tener los ordenamientos domésticos en el arbitraje de inversiones, este tópico ha recibido poca atención de parte de la doctrina¹⁷. El derecho del Estado receptor regula una multitud de cuestiones técnicas en la relación de inversión como: su admisión, la concesión de licencias, las relaciones laborales, las cuestiones tri-

¹³ DE BRABANDERE (2014) p. 125.

¹⁴ Eric de Brabandere explica que en los primeros casos conocidos por los tribunales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), era considerado que el derecho internacional tenía un papel secundario en relación con el derecho doméstico, dado que las demandas eran eminentemente contractuales y gobernadas por las normas internas. Esta determinación ha cambiado en la actualidad, en que se considera que el principal ordenamiento a aplicar por parte de los tribunales arbitrales es el derecho internacional. Ello se debe a que el arbitraje de inversiones contemporáneo se funda, principalmente, en tratados internacionales, no en contratos. *Op. cit.* pp. 125-126.

¹⁵ *Op. cit.* p. 126.

¹⁶ Algunas autoras son enfáticas en destacar que la referencia al derecho nacional es requerida en todas las fases del juzgamiento internacional de inversiones. CHERNYKH (2022) p. 306.

¹⁷ HEPBURN (2017) pp. 4-5.

butarias, las cuestiones sobre divisas, entre otras¹⁸; todas las cuales pueden terminar incidiendo en la apreciación sobre la existencia de vulneración de los derechos de un inversionista.

Dado esto, existe una variedad de situaciones en que el ordenamiento jurídico del Estado receptor puede resultar trascendental para la resolución de la disputa por el Tribunal Arbitral. Como categorías generales y, a grandes rasgos, es posible distinguir las siguientes:

1. El papel del derecho doméstico con relación a las cláusulas de trato justo y equitativo

La mayoría de los tratados de inversiones contienen cláusulas de trato justo y equitativo, siendo este uno de los conceptos más invocados en disputas de inversiones¹⁹. En esencia, el propósito de este tipo de cláusulas es integrar los vacíos dejados por estándares más específicos²⁰, por lo que este tipo de disposiciones suelen tener un carácter general y abstracto²¹. Por lo tanto, el recurso al ordenamiento doméstico suele ser relevante para apreciar si es que ha existido una vulneración a la inversión respecto a este tipo de disposiciones. En este punto, lo que se ha determinado es que el cumplimiento de la legalidad interna por parte del Estado receptor es un criterio indicador para establecer si ha existido vulneración al trato justo y equitativo que merecía la inversión²². Si bien existe cierta jurisprudencia arbitral que ha negado la relevancia del derecho doméstico en el análisis de este tipo de cláusulas, en la práctica, la mayoría de los tribunales examinan la legalidad de la actuación de los Estados demandados al momento de evaluar la existencia de arbitrariedad y vulneración al trato justo y equitativo que merece una inversión²³, constituyendo un elemento necesario, pero insuficiente para la determinación de vulneración a este tipo de cláusulas.

2. El papel del derecho doméstico en demandas de expropiación ilegal

El derecho doméstico tiene incidencia en todas las fases del juzgamiento sobre una presunta expropiación ilegal. En primer lugar, es reconocido que el derecho doméstico representará un papel determinante cuando un tribunal deba re-

¹⁸ SCHREUER (1996) p. 89.

¹⁹ DOLZER & SCHREUER (2008) p. 119.

²⁰ *Op. cit.* p. 122. Como destacan los autores, este tipo de disposiciones suelen representar un papel similar al de la buena fe en los códigos de las jurisdicciones del *civil law*.

²¹ HEPBURN (2017) p. 13.

²² *Op. cit.* p. 14.

²³ *Op. cit.* p. 39.

solver una disputa sobre la existencia de los derechos del inversionista que se reclaman expropiados²⁴, siendo el caso *Emmis v. Hungary* uno de los precedentes más recordados en esta materia. En segundo lugar, ha sido sostenido que el derecho doméstico también tiene un papel importante en otras fases del juzgamiento en una demanda sobre expropiación; por ejemplo, en la resolución sobre si la expropiación de derechos del inversionista ha, de hecho, ocurrido²⁵. En este sentido, el derecho interno puede proveer aquellos estándares necesarios para apreciar la ocurrencia de un procedimiento expropiatorio, o si ha existido un despojo arbitrario por parte de una entidad administrativa de la propiedad del inversionista o no²⁶.

En tercer lugar, el derecho interno también puede ayudar en el establecimiento de si la expropiación ha sido ilegal de acuerdo con los estándares del derecho internacional²⁷. En este último supuesto, la referencia al derecho doméstico tendrá relación con la aplicación del debido proceso que debe mediar en cualquier procedimiento expropiatorio.

De esta forma, se estima que el derecho doméstico posee un papel determinante en todas las etapas del juzgamiento de demandas sobre expropiación ilegal.

3. *El papel del derecho doméstico en la determinación de los remedios procedentes*

Tal como es destacado por algunos autores, la determinación de los remedios disponibles en el derecho internacional de inversiones es un tópico al que se le ha puesto poca atención en la literatura²⁸, y que en la práctica es guiado vagamente por los principios del ordenamiento jurídico internacional²⁹. Dado este contexto, existe una serie de casos en que los tribunales arbitrales han hecho referencia al derecho doméstico del Estado contratante para determinar el remedio adecuado a una situación particular, existiendo tres tipos de casos en general: cuando las instituciones locales han fallado al tener que actuar de determinada manera con relación a la inversión (caso en el cual no es claro el régimen de remedios por el cual debiera optarse); cuando una parcialidad de la inversión del demandante está en disputa (sin que se vea afectada la jurisdicción) y cuan-

²⁴ PATHAK (2021) p. 380.

²⁵ Véase TRIBUNAL (2006) *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic* (UNCITRAL) ¶ 271-275.

²⁶ *Op. cit.* ¶ 271.

²⁷ HEPBURN (2017) p. 41.

²⁸ JANA (2016) p. 288.

²⁹ HEPBURN (2017) p. 69.

do existe disputa sobre la extensión temporal de los derechos del demandante en orden a calcular la correspondiente indemnización hacia el futuro³⁰. A ello, puede agregarse los supuestos en que los tribunales arbitrales se han enfrentado a la pregunta sobre si remedios no pecuniarios se encuentran disponibles en el sistema de inversiones (cuestión en que los tribunales del CIADI parecen diferir de otros sistemas³¹). En todos estos casos, el ordenamiento doméstico orientará al tribunal arbitral; o en la determinación del remedio más adecuado o en la extensión de la compensación procedente.

4. *El papel del derecho doméstico en presencia de cláusulas paraguas*

La cuestión referida a la relación entre tratados y contratos ha recibido amplia atención tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de inversiones³². Esto, en particular, debido a la existencia de cláusulas paraguas o *umbrella clauses* en los tratados de inversión, las cuales tienen el efecto de poner los compromisos contractuales asumidos por un Estado bajo el paraguas protector del tratado, convirtiendo una vulneración contractual en una violación al tratado³³. En términos prácticos, la cláusula paraguas consagra una obligación internacional del Estado receptor de la inversión, consistente en el deber de respetar los compromisos que ha asumido, pero su juzgamiento requiere el análisis sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas en el marco del ordenamiento jurídico interno³⁴. De esta forma, es necesario el análisis del cumplimiento de las obligaciones del Estado contraídas en el marco de un contrato de inversiones, cuestión que hace necesaria la referencia al ordenamiento jurídico doméstico. Por ello, es establecido que la cláusula paraguas constituye un punto de contacto entre el ordenamiento doméstico y el internacional³⁵.

5. *El papel del derecho doméstico en la afirmación de la jurisdicción del tribunal*

Como es ampliamente conocido, la jurisdicción de los tribunales arbitrales de inversión cuando tienen origen en un tratado posee cuatro dimensiones: la jurisdicción *ratione materiae*, la jurisdicción *ratione personae*, la jurisdicción *ratione*

³⁰ HEPBURN (2017) pp. 73-74.

³¹ JANA (2016) p. 289.

³² CRAWFORD (2008) p. 351.

³³ SCHREUER (2004) p. 250.

³⁴ MEREMINSKAYA (2009) p. 44.

³⁵ *Op. cit.* p. 13.

temporis y la jurisdicción *ratione voluntatis*. Cada una de estas aristas posee distintos elementos en los cuales el derecho doméstico puede tener mayor o menor relevancia. En cuanto a la dimensión *ratione materiae*, por ejemplo, el enfoque común es que los tratados estipulen que la controversia deba ser susceptible de ser calificada como una “disputa legal” referida a una inversión³⁶, lo cual implica que las partes deban hacer alusión a la naturaleza legal, bajo el ordenamiento interno, del derecho u obligación que ha sido incumplida y que requiere reparación³⁷. Lo mismo sucede con la caracterización de un negocio como una “inversión”³⁸ en lo cual, sin perjuicio de que disposiciones de los tratados relevantes, también se suele hacer referencia a normas internas para delimitar el concepto en la disputa. En lo relativo a la competencia *ratione personae*, la cuestión sobre la nacionalidad del inversionista relativa a uno de los Estados contratantes será algo eminentemente regulado por el derecho del Estado doméstico³⁹. En cuanto a la competencia *ratione temporis* y *ratione voluntatis*, estos son elementos en los que tiene preponderancia el derecho internacional público, sin perjuicio de que el derecho doméstico podría resultar relevante según las eventualidades del caso.

II. LA CUESTIÓN DOMÉSTICA COMO CUESTIÓN PREVIA

Como es apreciable, existen múltiples puntos en que la disputa de inversiones se superpone con disputas domésticas y, por lo tanto, el ordenamiento jurídico internacional se superpone con el nacional. En algunos de estos supuestos, la cuestión doméstica constituye un presupuesto lógico-jurídico para la afirmación de una cuestión internacional relativa a la vulneración de la inversión, pudiendo ser objeto de un juicio autónomo por parte de los tribunales nacionales. En otros términos, existe una determinada cuestión “x”, que es necesaria determinar y que cae dentro de la órbita del ordenamiento jurídico interno, para, posteriormente, entrar en la resolución de una cuestión principal “y”, que es el juzga-

³⁶ UNCTAD (2003) p. 48. Una forma típica de este requerimiento puede encontrarse en el artículo 9 del TBI de 1994 entre Lituania y Holanda, el cual dispone: “Cada Parte Contratante por el presente instrumento consiente en someter cualquier disputa legal que surja entre esa Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante, en relación con una inversión de ese inversionista en el territorio de la Parte Contratante, al Centro Internacional [...]”.

³⁷ *Op. cit.* p. 50.

³⁸ El precedente más citado en lo referido a la identificación de una inversión es TRIBUNAL (2011) *Salini Costruttori SpA. Amd Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco* [I] ¶52 ss.

³⁹ DOUGLAS (2009) p. 77.

miento de la responsabilidad internacional del Estado. Este tipo de situaciones han sido tratadas en la literatura como “*incidental issues*”⁴⁰, y se producen cuando una norma interna conlleva consecuencias jurídicas no solo respecto de circunstancias puramente fácticas, sino, también, respecto de otras relaciones o estatutos jurídicos^{41, 42}.

Si bien es destacado que existe un amplio espacio para que estas situaciones se produzcan⁴³, este trabajo se centrará en dos supuestos que, a juicio del investigador, resultan prístinos y simplifican el análisis (ello, sin perjuicio de que las conclusiones de este trabajo puedan ser extrapoladas a todos los demás supuestos de cuestiones prejudiciales domésticas). El primero, es la determinación previa de la existencia, alcance y terminación de un derecho de propiedad sobre bienes que se alegan expropiados. Y el segundo, es la determinación previa sobre la legalidad de la actuación administrativa estatal en disputas sobre vulneración al trato justo y equitativo. En ambos casos, existe una cuestión doméstica sustantiva susceptible de ser discutida como objeto procesal autónomo en un juicio interno, y que es presupuesto para el juzgamiento sustantivo de vulneración a la inversión.

En cuanto a lo primero, es reconocido que, incluso, en una disputa sobre protección de inversiones, los derechos presuntamente expropiados deben existir bajo la ley doméstica que los ha creado⁴⁴. De esta forma, la pregunta sobre el alcance o existencia de los derechos afectados puede caer bajo la órbita de competencia de un tribunal arbitral comercial⁴⁵ o de un tribunal doméstico⁴⁶, ambos aplicando la legislación interna del Estado receptor.

Respecto al segundo supuesto, la determinación interna sobre la legalidad de una determinada actuación estatal puede constituir una cuestión preliminar al juzgamiento internacional sobre infracción al trato justo y equitativo debido al inversionista. Este supuesto se da, por ejemplo, en el caso de deber

⁴⁰ Véase DOUGLAS (2009) p. 50 ss.; CHERNYKH (2022) p. 293 ss.

⁴¹ CHERNYKH (2022) p. 294.

⁴² En el ámbito puramente doméstico, por ejemplo, algunas situaciones que ilustran esta idea son: la afirmación de la validez de dos contratos de matrimonio para la determinación de existencia de un delito de bigamia; o la afirmación de validez de un acuerdo de transferencia de acciones para la posterior resolución de una disputa sobre la inscripción de esas acciones; o la determinación de existencia de un vínculo laboral entre dos sujetos para el juzgamiento posterior de responsabilidad de un empresario por el hecho de su dependiente. En todos estos casos, existen dos situaciones jurídicas distintas, pero vinculadas que constituyen “cuestiones de carácter sustantivo y no procesal susceptibles, por sí mismas, de ser discutidas como objeto autónomo en un proceso principal”. RIVERO (2015) p. 414.

⁴³ CHERNYKH (2022) p. 313 ss.

⁴⁴ TRIBUNAL (2006) *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador* ¶184.

⁴⁵ PATHAK (2021) p. 380.

⁴⁶ DOUGLAS (2009) p. 52.

determinar si un organismo administrativo ha actuado arbitrariamente en la imposición de un impuesto exuberante al inversionista, violando el estándar de trato justo y equitativo⁴⁷. Ahora bien, respecto de este punto, cabe hacer una precisión: la pregunta sobre la legalidad de la actuación estatal solo constituirá una cuestión prejudicial doméstica en tanto se considere que aquello es un elemento necesario, pero insuficiente para apreciar la vulneración al trato justo y equitativo⁴⁸. En el caso de que se considere que la legalidad de la actuación estatal es irrelevante para la apreciación de vulneración al tratado de inversiones, entonces este supuesto no constituirá una cuestión previa doméstica.

Dicho lo anterior, resulta necesario distinguir este tipo de supuestos de aquellos en que el derecho doméstico es necesario para el procedimiento de protección de inversiones, pero no como cuestión previa. Es decir, supuestos en que no existe vinculación lógico-jurídica dentro de un razonamiento deductivo, sino que una mera conexión objetiva entre los elementos del juicio internacional y de una disputa interna⁴⁹.

Aquí, la situación que resulta confusa es la de la cláusula paraguas y las reclamaciones contractuales. En el usual caso en que existe, por un lado, un contrato de inversiones entre el inversionista y una agencia estatal y, por el otro, una cláusula paraguas en el tratado protector de aquel contrato, el inversionista puede accionar por un incumplimiento contractual del Estado ante el foro competente designado en el contrato, y también puede accionar reclamando la vulneración a la cláusula paraguas ante el tribunal arbitral de inversiones⁵⁰. Si bien en ambos casos el juicio tendrá como elemento común la constatación del

⁴⁷ PRISLAN (2019) p. 108.

⁴⁸ Esta línea de análisis parece encontrarse en el razonamiento del tribunal en TRIBUNAL (2003) *ADF Group Inc. v. United States of America*, el cual razonó que se requiere “algo más” que la simple ilegalidad bajo el derecho doméstico para caracterizar la actuación estatal como arbitraria bajo los términos del tratado: “An unauthorized or ultra vires act of a governmental entity of course remains, in international law, the act of the State of which the acting entity is part, if that entity acted in its official capacity. But something more than simple illegality or lack of authority under the domestic law of a State is necessary to render an act or measure inconsistent with the customary international law requirements of Article 1105(1), even under the Investor’s view of that Article”. *Op. cit.* ¶190.

⁴⁹ Las cuestiones prejudiciales suponen la conexidad, en términos que se trata de pretensiones que tienen elementos comunes. Pero no basta la conexidad para hallarse ante un supuesto de prejudicialidad, sino que, además, es preciso que entre estas pretensiones exista subordinación lógica, de modo que lo que debe resolverse es presupuesto lógico necesario para poder resolver otra cosa. Si las acciones no se encuentran en relación de subordinación lógica, puede decirse que se encuentran en relación de conexión objetiva, pero no de prejudicialidad. Véase PRIORI (2010) pp. 281-282.

⁵⁰ ZARRA (2016) p. 6 haciendo referencia al caso TRIBUNAL (2002) *Compañía de Aguas del Aconquija SA and Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal v. Argentine Republic* ¶95-96.

cumplimiento o incumplimiento del contrato, el objeto del juicio será distinto, sin encontrarse vinculado lógicamente. En el primer caso, el inversionista usualmente buscará la condena del Estado por responsabilidad civil contractual (con sus elementos: causalidad, culpa, daño); en el segundo caso, el juicio versará sobre la responsabilidad internacional del Estado por inobservancia de sus compromisos asumidos. Como es obvio, la afirmación de responsabilidad contractual no es antecedente lógico de la afirmación de responsabilidad internacional, sin perjuicio de que ambos estatutos de responsabilidad compartan el incumplimiento como elemento objetivo. Por ende, la situación de reclamaciones contractuales y cláusulas paraguas no se encuentran en relación de cuestión previa y cuestión principal.

En cuanto a las cuestiones meramente jurisdiccionales, estas tampoco son cuestiones previas en el sentido en que se han conceptualizado en este trabajo. La cuestión previa doméstica necesariamente tiene incidencia en el fondo de la disputa de inversiones. Las cuestiones domésticas con incidencia en la jurisdicción de los tribunales de inversión son, en cambio, requerimientos impuestos por los tratados en cuanto a su órbita de protección, que no tienen relación con la reclamación de fondo, que es interpuesta en el procedimiento de inversiones. Ello no obsta a que una cuestión prejudicial doméstica sea, al mismo tiempo, una cuestión que incida en la jurisdicción del tribunal (como el caso de la existencia de la inversión para afirmar la jurisdicción *ratione materiae*).

Por último, no existirá cuestión prejudicial doméstica cuando el derecho doméstico es utilizado como herramienta para afirmar cuestiones fácticas, para llenar vacíos referidos a remedios procedentes, para llevar a cabo el cálculo de las indemnizaciones procedentes, u otros elementos similares.

III. LA EXPERIENCIA JURISPRUDENCIAL

SOBRE LA CUESTIÓN PREVIA DOMÉSTICA:

LA COSA JUZGADA DOMÉSTICA

Delimitados los supuestos de cuestión previa doméstica y diferenciados de otros tipos de situaciones, la pregunta fundamental en este punto es: ¿cuál ha sido la actitud que han tomado los tribunales arbitrales de inversión cuando se han visto enfrentados a una pregunta sobre una cuestión prejudicial doméstica? Para abordar esta pregunta, es necesario precisar que la institución en juego aquí es la cosa juzgada⁵¹. Es decir, la actitud de la jurisprudencia frente a la cuestión prejudicial doméstica depende de que se considere que una decisión doméstica pueda o no tener efecto de cosa juzgada en la disputa de inversiones.

⁵¹ PRISLAN (2019) p. 78.

Como punto de partida, resulta necesario reconocer que una parte considerable de la doctrina internacionalista en materia de inversiones sostiene la estricta separación conceptual entre el ordenamiento internacional y nacional⁵² (a veces, presentado mediante la idea de “superioridad del ordenamiento internacional”⁵³), en línea con la teoría dualista. El correlato de ello es que resultaría imposible que un juicio doméstico tuviese efectos normativos en el procedimiento internacional de inversiones⁵⁴, mas simplemente constituiría una mera cuestión fáctica. En caso de existir contradicción entre tribunales nacionales (sea arbitrales o judiciales) y tribunales de inversión, esto podría ser considerado como “la triste consecuencia de la pertenencia de los adjudicadores a sistemas diferentes y autónomos”⁵⁵.

La línea jurisprudencial mayoritaria se muestra en un sentido similar⁵⁶. Uno de los casos que pueden citarse como muestra de ello es *Wena Hotels v. Egipto*⁵⁷, el cual refería a una disputa sobre una presunta expropiación ilegal. En él, *Wena Hotels (Wena)*, una empresa británica, suscribió dos contratos de arrendamiento en 1989 de dos hoteles ubicados en Egipto con *Egyptian Hotels Company (EHC)*, una empresa pública afiliada a la autoridad en el sector de turismo de Egipto. Poco después de haber entrado en los contratos, disputas surgieron entre ambas empresas en relación con sus respectivas obligaciones bajo uno de ellos.

A juicio de *Wena*, uno de los hoteles había sido entregado en condiciones inferiores a las estipuladas, razón por la cual decidió retener parte de la renta como lo permitía el contrato. Por su parte, *EHC* hizo efectiva parte de la garantía que había sido otorgada por parte de la arrendataria. En mayo de 1990, *Wena* comenzó un procedimiento arbitral *ad hoc* de carácter comercial, en virtud de una cláusula compromisoria contenida en el contrato, relativo a la disputa que había sido mantenida. En aquel procedimiento, el tribunal determinó negativamente la existencia de derechos de propiedad de *Wena* respecto del contrato pactado bajo el derecho nacional del Estado receptor, y determinó que debía pagar el monto restante de las rentas.

Luego, la misma empresa inició un procedimiento CIADI en contra del gobierno de Egipto, en virtud de que “*EHC* había operado en línea con los li-

⁵² NOVÝ (2017) p. 541; McLACHLAN (2009) p. 362; SHANY (2004) p. 244; INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (2009a) p. 17.

⁵³ PRISLAN (2019) p. 121; PATHAK (2021) p. 386.

⁵⁴ PRISLAN (2019) p. 125.

⁵⁵ CUNIBERTI (2006) p. 396.

⁵⁶ El razonamiento detrás sería que la consecuencia de la separación conceptual del ordenamiento doméstico e internacional y la relación jerárquica entre adjudicadores de ambos sistemas sería la imposibilidad de afectaciones entre sí. TRIBUNAL (2007) *Industria Nacional de Alimentos, A.S. and Indalsa Perú S.A. v. The Republic of Peru* ¶¶87-88.

⁵⁷ TRIBUNAL (2000) *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*.

neamientos políticos del Gobierno egipcio”⁵⁸, imputándosele a este último una expropiación ilegal y la vulneración al trato justo y equitativo que debía proporcionarle en virtud del Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones suscrito entre el Reino Unido y Egipto. Al momento de decidir el caso, el panel decidió no considerar como relevante aquello decidido por el tribunal *ad hoc* en 1990, y encontró al Estado responsable de la expropiación, condenándolo a la compensación del inversionista. El laudo fue sometido a un procedimiento de anulación⁵⁹, en el cual Egipto objetó, precisamente, la inobservancia de aquello establecido por el tribunal comercial diez años antes. Ante ello, el comité de anulación sostuvo:

“que la disputa del tribunal involucraba a partes diferentes [...], y concernía a una materia totalmente distinta al aspecto comercial de los contratos de arrendamiento”⁶⁰.

Más aún, el tribunal argumentó:

“El comité no puede ignorar que obviamente existe una conexión entre los arrendamientos y el APPI dado que el primero fue diseñado para operar bajo la protección de este último como una materialización de la inversión. Pero esta es simplemente una condición precedente para la operatividad del APPI. No significa la amalgamación de instrumentos legales diferentes y mecanismos de resolución de disputas [...]. La función privada y pública de estos instrumentos ha de mantenerse separada y distinguida”⁶¹.

Así, el tribunal terminó por confirmar la decisión que había sido dictada en contradicción a lo que había sostenido el tribunal comercial.

Como es claro en este precedente, el tribunal parece haber adoptado la comprensión bajo la cual lo decidido en el ámbito doméstico no le resultaba vinculante. El fallo de anulación fue criticado por algunos autores, sosteniéndose que su razonamiento implicaba una “sobre simplificación de la aparente distinción entre los dominios del arbitraje comercial y el arbitraje de inversiones”⁶², y en particular, que:

“si Wena hubiera incumplido sus obligaciones en virtud de los contratos de arrendamiento de tal forma que EHC tuviera derecho a res-

⁵⁸ TRIBUNAL (2000) *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt* ¶68.

⁵⁹ TRIBUNAL (2002) *Wena Hotels Ltd v. Arab Republic of Egypt*.

⁶⁰ *Op. cit.* ¶29.

⁶¹ *Op. cit.* ¶35.

⁶² DOUGLAS (2009) pp. 57-58.

cindir los contratos de arrendamiento de conformidad con la legislación aplicable, no habría habido inversión que expropiar”⁶³.

Es decir, la crítica fue formulada en términos de la contradicción lógica producida entre la decisión doméstica y la decisión internacional. Cabe destacar, además, que el fallo fue calificado por parte de la doctrina como gravemente deficiente en cuanto a su fundamentación de los remedios y el interés procedente⁶⁴.

En el contexto de actuaciones administrativas ilegales y vulneración al trato justo y equitativo, otro fallo que también demuestra esta inclinación a desconocer la cosa juzgada doméstica es *Helnan v. Egypt*⁶⁵. En este caso, el demandante era una empresa danesa que suscribió un contrato para la gestión y explotación de un hotel cinco estrellas en el Cairo con la Organización Egipcia de Turismo y Hoteles (EGOTH). A raíz de una rebaja de la categoría del hotel por parte del Ministerio de Turismo, Helnan (el inversionista) inició un arbitraje contractual doméstico bajo las reglas del Centro Regional del Cairo de Arbitraje Internacional.

Este procedimiento terminó con un laudo que declaró terminado el contrato de gestión y requirió al inversionista devolver el hotel a EGOTH. Los intentos del inversionista por anular el laudo dictado fueron infructíferos, toda vez que los recursos interpuestos fueron rechazados por los tribunales superiores de Egipto. Luego de que el laudo fuera ejecutado y el hotel fuese devuelto a EGOTH, el inversionista inició un procedimiento CIADI en contra de Egipto, alegando que su inversión había sido objeto de trato arbitrario, vulnerando el tratado bilateral de inversiones entre Egipto y Dinamarca.

El tribunal, en este caso, considerando el efecto del laudo dictado por el arbitraje doméstico y que el mismo había sido confirmado por las Cortes egipcias, constató que debía

“aceptar las conclusiones de los tribunales locales siempre que no se demuestren deficiencias, de procedimiento o de fondo, en los procedimientos domésticos, que sean de tal naturaleza que las hagan inaceptables desde el punto de vista del derecho internacional, como en el caso de una denegación de justicia”⁶⁶.

Si bien esta declaración parece ir en contra del razonamiento del caso *Wena* y mostrar una inclinación a la coordinación de procedimientos, en realidad implicó una conclusión similar al del caso anteriormente analizado.

⁶³ DOUGLAS (2009) p. 58.

⁶⁴ MAUPIN (2008).

⁶⁵ TRIBUNAL (2008) *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*.

⁶⁶ *Op. cit.* ¶106.

En particular, el tribunal se limitó a referir a la denegación de justicia como solo una de varias posibilidades para contrariar lo decidido en el arbitraje doméstico, reconociendo que las deficiencias sustantivas también podrían hacer problemático el resultado de los procedimientos locales desde la perspectiva del derecho internacional. El tribunal sostuvo, además, que en cuanto a la aplicación de la cosa juzgada, una decisión de un tribunal nacional resultaba aplicable “solo dentro del orden legal al cual pertenece”, el cual, en este caso, era el ordenamiento jurídico egipcio y no el derecho internacional⁶⁷. Por tanto, el tribunal concluyó que las determinaciones arribadas en el arbitraje local solo eran vinculantes “meramente como cuestiones de derecho doméstico”⁶⁸. Finalmente, el tribunal terminó por rechazar las pretensiones del inversionista, considerando que el descenso en la categoría del hotel no había causado las decisiones de los tribunales en el ámbito interno.

Esta línea jurisprudencial es clara en rechazar el efecto vinculante que tienen las decisiones domésticas en el procedimiento de protección de inversiones. Para ello, esta postura ha tomado dos carices distintos: uno, que enfatiza la autonomía del sistema de adjudicación del derecho de inversiones por oposición a la litigación doméstica y, otro, que se centra en la distinción de los ordenamientos jurídicos internacional y doméstico en su conjunto⁶⁹. Sin perjuicio de la faceta que se adopte, en ambos casos la línea argumentativa se dirige a desacreditar el carácter vinculante de las decisiones nacionales en el juzgamiento internacional.

Esta postura puede reconducirse en sus orígenes a la decisión “Certain German Interests in Polish Upper Silesia” de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de 15 de mayo de 1925⁷⁰. En aquel caso, la Corte fue enfática en declarar que el hecho de que el Tribunal Mixto operara en la esfera del derecho doméstico y la Corte en el marco del derecho internacional tornaba imposible la superposición de competencias entre ambos tribunales⁷¹, cuestión determinante para rechazar la excepción de litispendencia que había sido opuesta.

Si bien existen múltiples laudos en los que ha sido adoptada esta visión⁷², razonablemente podría cuestionarse si es que este enfoque se condice con la realidad del ingreso del derecho internacional en el derecho doméstico y en las decisiones internas⁷³, y del papel que tienen los tribunales domésticos en las disputas

⁶⁷ TRIBUNAL (2008) *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt* ¶ 123.

⁶⁸ WEHLAND (2019) p. 216.

⁶⁹ PRISLAN (2019) p. 123.

⁷⁰ TRIBUNAL (1925) *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*.

⁷¹ SHANY (2004) p. 240.

⁷² WEHLAND (2019) p. 216.

⁷³ NOVÝ (2017) p. 542.

internacionales⁷⁴. En este sentido, ¿hasta qué punto la desvinculación de las decisiones internas por parte de los tribunales arbitrales de inversión afecta la legitimidad del arbitraje de inversiones como mecanismo de resolución de disputas? O visto desde otra dimensión, ¿la contradicción lógica entre las decisiones domésticas y las de los tribunales de inversión incide en la legitimidad de este mecanismo de adjudicación?

IV. LA CRISIS DE LEGITIMIDAD

DE LOS ARBITRAJES INVERSOR-ESTADO:

EL PROBLEMA DE LA CONTRADICCIÓN Y LA COHERENCIA

La crisis de legitimidad del arbitraje inversor-Estado viene siendo un tema en discusión desde hace décadas⁷⁵, en las cuales se han ido acumulando voces críticas al régimen internacional de inversiones en construcción⁷⁶. En la actualidad, existe una percepción de sesgo en el arbitraje de inversiones que ha conllevado a que muchos Estados estén terminando (o considerando terminar) sus tratados bilaterales de inversión y denunciando (o considerando denunciar) la convención CIADI⁷⁷. En términos generales:

“existe una desconfianza generalizada y fundamental por el público sobre la justicia e imparcialidad del modelo tradicional de resolución de disputas inversor-Estado. Esto ha afectado significativamente la aceptación pública del sistema de resolución de inversiones y de empresas llevando aquel tipo de casos”⁷⁸.

En particular, una de las distintas causas de deslegitimación del sistema se debe al incremento de decisiones contradictorias (en particular, generado durante el periodo 2005-2010), lo cual ha producido incertidumbre respecto de la significación de los derechos incluidos en tratados de inversiones⁷⁹. Esto ha conllevado al descontento con el sistema para afrontar el problema de la falta de consistencia y coherencia en la interpretación de problemas jurídicos, cuestión que permanece irresuelta⁸⁰.

Este problema se manifiesta de forma prístina cuando los tribunales arbitrales de inversión aplican el derecho doméstico, campo en el cual la autoridad

⁷⁴ Véase TZANAKOPOULOS (2011).

⁷⁵ Véase FRANCK (2004).

⁷⁶ QUINTERO (2022) p. 55.

⁷⁷ ZARRA (2018) p. 142.

⁷⁸ MALMSTRÖM (2015).

⁷⁹ QUINTERO (2022) p. 56.

⁸⁰ BEHN, LANGFORD & LÉTOURNEAU-TREMBLAY (2020) pp. 217-223.

de estos tribunales no es evidente⁸¹. Por el contrario, quienes se encuentran en mejor posición para resolver una cuestión jurídica interna son las propias Cortes domésticas, más aún si el problema jurídico tiene implicancias públicas⁸². Ello conlleva a que la legitimidad de los tribunales de inversión dependa, en cierta medida, de la deferencia que tengan con los tribunales domésticos⁸³. Si existe falta de deferencia de los tribunales arbitrales de inversión con los tribunales internos, esto usualmente conlleva a decisiones conflictivas, lo cual termina por amenazar la estabilidad y legitimación de estos tribunales y el sistema internacional de inversiones⁸⁴.

Lo anterior se ve agravado por la autocomprensión tradicional de los tribunales arbitrales de inversión, quienes frecuentemente invocan su naturaleza autónoma como justificación teórica para desestimar la procedencia de herramientas de coordinación como la excepción de litispendencia⁸⁵. Ya sea por la evocación de la autonomía del sistema de los tribunales arbitrales de inversión o por el dualismo entre el derecho internacional o el derecho doméstico, es claro que este enfoque (como se vio, generalizado de los tribunales de inversión) produce la incomunicabilidad entre las decisiones judiciales que son tomadas en el ámbito interno y las decisiones arbitrales a escala internacional. El resultado es un amplio espacio para la producción de contradicción e incoherencia.

En un escenario como este, surge la necesidad de, o recurrir a nuevas instituciones para hacer frente al problema jurídico contingente de incoherencia entre decisiones internacionales y domésticas, o de modificar la comprensión tradicional de las instituciones que se encuentran a disposición en el derecho internacional (derecho principalmente aplicable en la consecución del procedimiento este tipo de disputas⁸⁶) para afrontarlo. Así, si existe el problema de decisiones contradictorias entre tribunales arbitrales de inversión y tribunales domésticos en cuanto a cuestiones preliminares, la pregunta que surge es si puede la cosa juzgada representar un papel relevante en remediar esta situación.

Ante aquella pregunta, lo que debiera tomarse en consideración es que el derecho internacional encuentra su fundamento y fisonomía originaria en analogías del derecho doméstico⁸⁷. Por ello, la referencia conceptual al ordenamiento jurídico doméstico para interpretar las instituciones internacionales (sin desvirtuar la autonomía del ordenamiento jurídico internacional) está com-

⁸¹ PRISLAN (2019) p. 424.

⁸² *Op. cit.* p. 425.

⁸³ HEPBURN (2017) p. 109.

⁸⁴ BRENNINKMEIJER (2023) p. 381.

⁸⁵ PATHAK (2021) p. 393.

⁸⁶ BROWN (2010) p. 664.

⁸⁷ NOVÝ (2017) p. 539.

pletamente justificada⁸⁸. Así, la comprensión de la cosa juzgada en el plano internacional puede tomar buenas lecciones de la función que cumple esta institución en los ordenamientos domésticos.

V. EL PAPEL DE LA COSA JUZGADA EN EL DERECHO DOMÉSTICO Y SU PROYECCIÓN AL ARBITRAJE DE INVERSIONES

En el contexto interno, la institución de la cosa juzgada se ha fundado en distintas ideas. La primera justificación general de la institución de la cosa juzgada en la tradición del *civil law* como regla de clausura viene dada por su papel en la seguridad jurídica⁸⁹, a lo cual se añade la protección de la estabilidad de las decisiones⁹⁰ y la protección de la paz social⁹¹. Por su parte, la *res judicata* en el contexto del *common law* encuentra su fundamento en dos justificaciones diferentes:

- i) una justificación pública fundada en los intereses de la comunidad en la resolución definitiva de las disputas y en el carácter final y conclusivo de las decisiones judiciales y
- ii) una justificación privada fundada en el interés particular de un individuo en ser protegido frente a una litigación reiterada, innecesaria y abusiva por las mismas causas⁹².

Si bien esto ha sido el objeto tradicional predicado respecto de la cosa juzgada (vinculado a la clausura de litigación), existe un segundo valor inherente a esta institución, que se configura por la finalidad de evitar la dictación de fallos contradictorios con miras a preservar el prestigio de los tribunales⁹³. Esto se vincula con el papel que tiene la cosa juzgada como institución con la legitimidad y el prestigio de la actividad jurisdiccional⁹⁴. Esto ha sido especial foco de atención en algunos países del *common law*, en que las consideraciones fundantes de política pública de la *res judicata* se han encontrado en la evitación de la relitigación y de decisiones contradictorias sobre los mismos asuntos, con el objetivo de prevenir el potencial peligro de desconfianza en el proceso adjudicativo⁹⁵.

⁸⁸ De ahí que una de las fuentes del derecho internacional, bajo el artículo 38 c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sean los principios generales del derecho.

⁸⁹ EZURMENDIA (2021) p. 51.

⁹⁰ *Op. cit.* p. 87.

⁹¹ *Op. cit.* p. 90.

⁹² MATURANA (2022) p. 575.

⁹³ *Op. cit.* p. 577.

⁹⁴ CALAZA (2011) p. 51.

⁹⁵ MATURANA (2022) p. 579.

En la tradición jurídica continental, esto se materializa mediante los denominados efectos negativo y positivo de la cosa juzgada: por un lado, se busca evitar la repetición de un proceso sobre un objeto idéntico; por el otro, se logra vincular lógico-jurídica o prejudicialmente a dos o más procesos, de modo que el tribunal que conozca de los procesos ulteriores no puede desconocer las cuestiones que ya han sido falladas en el primer juicio, manteniéndose la coherencia, la armonía y la consistencia entre los procesos involucrados⁹⁶. En particular, este último efecto constituye un mecanismo clave para el sistema de comunicación y coordinación de la actividad de los órganos judiciales⁹⁷. Este no solo ha sido tomado en consideración para coordinar la actividad entre tribunales estatales, sino que, también, entre tribunales judiciales y tribunales arbitrales de carácter comercial dentro de una determinada jurisdicción. Por ejemplo, un tribunal arbitral con sede en Suiza vulneraría el orden público procesal si dicta un laudo sin tomar en consideración el efecto de cosa juzgada de una decisión previa arbitral o judicial entre las mismas partes, o si omite las conclusiones arribadas en una decisión preliminar que decida un asunto prejudicial⁹⁸.

En la tradición jurídica anglosajona, existe una mayor diversidad en cuanto a las instituciones que cautelan la coherencia de las decisiones judiciales. En Estados Unidos, por ejemplo, el tema de la cuestión previa usualmente es abordada desde la institución del *issue preclusion*, el cual consiste en el efecto mediante el cual una cuestión particular, que fue resuelta mediante una resolución judicial final en una primera acción, no puede volver a ser objeto de litigación cuando la misma cuestión particular surge en una acción posterior basada en una diferente *cause of action*⁹⁹. En Inglaterra y Gales, en cambio, el mismo problema ha sido abordado desde la regla del *issue estoppel*, bajo la cual se establece que las partes de un procedimiento judicial están vinculadas a las declaraciones vertidas por un tribunal en un proceso judicial anterior sobre cuestiones fácticas o jurídicas que fueron necesarias para su resolución final, por lo que las partes estarían impedidas de presentar argumentos inconsistentes con estas declaraciones¹⁰⁰.

De esta forma, y en términos generales, es posible constatar que varios sistemas jurídicos han dado un valor especial a la coherencia y a la economía procesal, estableciendo distintas herramientas procesales para impedir la contradicción. Esto ha involucrado no solo a las Cortes judiciales, sino, también, a los tribunales arbitrales, a los cuales les es impuesta la obligación de respetar

⁹⁶ MATURANA (2022) pp. 577-578.

⁹⁷ RIVERO (2015) p. 1.

⁹⁸ SCHAFFSTEIN (2012) pp. 130-131.

⁹⁹ MATURANA (2022) pp. 606-607.

¹⁰⁰ *Op. cit.* pp. 584-585.

las constataciones de decisiones previas¹⁰¹. El fin último de esto sería mantener el prestigio y la autoridad de los órganos jurisdiccionales, cuestión esencial para evitar desincentivar a los ciudadanos de acudir al aparato judicial para obtener la resolución de sus conflictos, en lugar de caer en una regresión a la autodefensa¹⁰².

Dicho lo anterior, surge a la luz lo siguiente. El mecanismo de la cosa juzgada pretende, entre otras cosas, desempeñar un papel de legitimación de los tribunales, precisamente como forma de prevenir la desconfianza pública hacia ellos y desincentivar la resolución violenta de los conflictos entre los ciudadanos por medio de la autotutela. *Mutatis mutandis*, este es el mismo problema que se ha producido en relación con los tribunales de inversión en cuanto a la falta de consistencia y coherencia. El problema de legitimidad y desconfianza hacia el sistema de resolución de disputas de inversiones podría causar un retorno a mecanismos alternativos como el diplomático, que conllevan un alto grado de tensión política y pueden desencadenar en conflictos armados. Debe recordarse que el arbitraje de inversión nació como una alternativa deseable ante mecanismos atentatorios para la paz internacional¹⁰³.

Si el problema al que se enfrentaron los ordenamientos domésticos es similar, conceptualmente, al que enfrenta hoy el derecho internacional de inversiones, ¿puede la institución de la cosa juzgada servir como un remedio ante esta situación, tal como lo fue en los ordenamientos internos?

VI. UN NUEVO MARCO DE ANÁLISIS

SOBRE LA CUESTIÓN PREVIA DOMÉSTICA:

LA PREJUDICIALIDAD

En un escueto trabajo publicado el año 2008, incorporado en otra obra, Christoph Schreuer propuso la idea de incorporar el mecanismo de los *preliminary rulings* en los arbitrajes de inversión¹⁰⁴. A su juicio:

“un método para asegurar la coherencia de las decisiones que ha sido remarcadamente exitoso es permitir decisiones preliminares mientras el procedimiento original se encuentra pendiente. Bajo aquel sistema, un tribunal suspendería el procedimiento y requeriría la decisión en cuestión jurídica emanada de un cuerpo establecido a tal efecto”¹⁰⁵.

¹⁰¹ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (2006b) p. 77 ss.

¹⁰² CALAZA (2011) p. 19.

¹⁰³ En términos generales véase BEHN, FAUCHALD & LANGFORD (2022) p. 61 ss.

¹⁰⁴ SCHREUER (2008).

¹⁰⁵ *Op. cit.* p. 209.

Toma esta solución del modelo europeo comunitario, en el cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) puede dictar decisiones prejudiciales que son vinculantes para los tribunales domésticos, en virtud del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 234). Aplicado al arbitraje de inversiones, a su juicio, este método podría resultar fructífero para aliviar la inconsistencia y la fragmentación¹⁰⁶.

En los hechos, su propuesta sobre *preliminary rulings* es equivalente a incorporar el mecanismo de la prejudicialidad entre tribunales internacionales, tal como existe hoy entre el TJUE y los tribunales domésticos de Europa. Quien ejercería la jurisdicción sobre la cuestión prejudicial sería un ente especialmente encargado de decidir aquellas cuestiones (“un cuerpo establecido a tal efecto”), y quien ejercería jurisdicción sobre la cuestión principal sería el tribunal arbitral de inversiones.

Ahora bien, su propuesta fue llevada a cabo observando el contexto de decisiones contradictorias al interior del sistema de inversiones, entre tribunales del mismo ordenamiento jurídico¹⁰⁷. El problema tratado en esta investigación, en cambio, es el de una cuestión prejudicial doméstica, en el cual las cuestiones vinculadas por un nexo lógico-jurídico caen dentro de la órbita de dos tribunales con competencia disímil. Esto es lo que en la doctrina procesal se ha llamado supuestos de prejudicialidad heterogénea, en los cuales la cuestión prejudicial y principal son de diversa naturaleza y orden de competencia¹⁰⁸. Entonces, la cuestión acá es si la decisión de una cuestión prejudicial por parte de un tribunal doméstico o un tribunal arbitral comercial podría tener efecto vinculante en el procedimiento de inversiones.

A juicio del autor de esta investigación, y con ciertas prevenciones que serán tratadas en la siguiente sección, resultaría conveniente reconocer un efecto vinculante de las decisiones emitidas dentro del contexto jurídico interno en los procedimientos de protección de inversiones, cuando estas decisiones han resuelto cuestiones prejudiciales a la disputa de inversiones. Existen buenas razones, ligadas a la coherencia y legitimidad del sistema, para vincular las decisiones emanadas de tribunales arbitrales comerciales o judiciales con las de los tribunales arbitrales de inversión. Si se reconociera este efecto, las partes podrían alegar el nexo prejudicial entre procesos, y de esta forma excluir un nuevo pronunciamiento respecto de aquello (y solo aquello) que ya fue resuelto en una decisión anterior¹⁰⁹.

¹⁰⁶ SCHREUER (2008) p. 211.

¹⁰⁷ Véase el comentario de Kaj Hobér a la propuesta de Christopher Schreuer en HOBÉR (2015) p. 8.

¹⁰⁸ ROMERO (2015) p. 455.

¹⁰⁹ ROMERO (2002) p. 93.

En primer lugar, una solución como ella propendería hacia la coherencia entre las constataciones de los tribunales internos y los juicios de inversión, aportando, finalmente, a la legitimación del sistema internacional de inversiones. Desde el punto de vista de la credibilidad del sistema, resulta indeseable que existan decisiones conflictivas entre juzgamientos domésticos e internacionales de inversión¹¹⁰. Así, encontrar un espacio de diálogo entre este tipo de tribunales no debiera ser visto como una amenaza de la autonomía de los tribunales arbitrales de inversión¹¹¹, sino que debiera ser visto como un elemento fundamental para la legitimación de este tipo de adjudicación¹¹².

En segundo lugar, permitir la vinculación entre tribunales domésticos y tribunales arbitrales de inversión en cuanto a sus decisiones prejudiciales dialogaría de manera adecuada con las pretensiones que se tienen respecto de esta forma de adjudicación por su involucramiento con el derecho público¹¹³ y los intereses de la población de los Estados receptores¹¹⁴. En términos generales, se ha dicho que la naturaleza pública de este tipo de adjudicación y el involucramiento de los intereses públicos hacen deseable que los tribunales arbitrales de inversión tengan un grado de deferencia por las decisiones estatales¹¹⁵. Ello podría ser logrado reconociendo el efecto vinculante de la decisión previa sobre aquella cuestión prejudicial, cuando ella fue decidida como objeto central de un juzgamiento interno. En último término, un efecto como este implicaría destear a este mecanismo de adjudicación del sesgo proinversionista y antisoberanía del cual ha estado teñido.

Además, reconocer el efecto de cosa juzgada prejudicial limitaría la extensión temporal y los gastos de un procedimiento doméstico de inversiones, que han sido destacadamente altos¹¹⁶, al sustraer la decisión sobre determinadas cuestiones ya decididas. Esto determinaría que el tribunal debiera poner el foco en menos cuestiones, lo cual, además, disminuiría el riesgo de una decisión poco rigurosa respecto del derecho doméstico.

Siguiendo esta última idea, es claro que quienes se encuentran en una mejor posición para emitir una decisión sobre un asunto de derecho local son los tribunales domésticos que lo aplican¹¹⁷. Por ello, parece adecuado que los tribunales arbitrales en materia de inversiones reconozcan el papel de ayuda que pueden tener las decisiones domésticas en la decisión de un asunto inter-

¹¹⁰ JOOSTE (2017) p. 32.

¹¹¹ BRENNINKMEIJER (2023) p. 400.

¹¹² SWARABOWICZ (2017) p. 293.

¹¹³ KOSKENNIEMI (2017) p. 343.

¹¹⁴ ZARRA (2018) p. 139.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ DOLZER & SCHREUER (2008) p. 276.

¹¹⁷ PRISLAN (2019) p. 424.

no. Solo en ausencia de una decisión que zanje el asunto doméstico entre las partes, el tribunal podría reclamar para sí la jurisdicción amplia para decidir el asunto doméstico. Esta situación es similar a lo que la ciencia procesal conoce como “prejudicialidad no devolutiva”, en el cual se reconoce a un propio tribunal la competencia para resolver la cuestión prejudicial como un elemento más del pronunciamiento sobre el fondo¹¹⁸. En existencia de una decisión interna, el tribunal arbitral de inversiones estaría vinculado a ella debiendo respetar lo constatado, solo pudiendo apartarse de esta cuando el pronunciamiento mismo de aquel tribunal haya sido contrario a los estándares del derecho internacional (como será visto en la siguiente sección).

Cabe destacar que este modelo de análisis ha sido implícitamente reconocido por algunos tribunales en el marco de cuestiones prejudiciales domésticas. El ejemplo más claro es *Emmis v. Hungary*¹¹⁹. En él, los inversionistas alegaron la expropiación ilegal de la propiedad sobre licencias en virtud de un acuerdo de radiodifusión suscrito con el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión de Hungría. Los inversionistas, en el caso, tenían el derecho de renovar su licencia después del 18 de noviembre de 2009 bajo la condición de que durante sus licencias ofrecieran un servicio idóneo, se ajustarán a las disposiciones contractuales y ofrecieran una tarifa adecuada¹²⁰. El Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, sin embargo, decidió no renovar la licencia y realizó un nuevo llamado a concurso público.

De esta forma, los inversionistas iniciaron un procedimiento arbitral ante el CIADI en octubre del 2011, alegando la presunta expropiación ilegal de la inversión sobre la licencia de una de las radios nacionales. Ante ello, el Estado demandado se defendió argumentando que el tribunal carecía de jurisdicción¹²¹ para pronunciarse sobre el asunto, dado que en el caso no existía una “inversión”, y que los demandantes habían fallado en demostrar la existencia de derechos de propiedad susceptibles de ser expropiados en relación con la licitación del año 2009¹²².

Ante ello, el tribunal determinó que, a menos que la parte demandante tuviese derechos de propiedad bajo el derecho húngaro en el periodo posterior al 18 de noviembre de 2009, no era posible que hubiese existido una ex-

¹¹⁸ ROMERO (2015) p. 468.

¹¹⁹ TRIBUNAL (2014) *Emmis International Holding, B.V, Emmis Radio Operating, B.V. and MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi ÉS Szolgáltató KFT v. The Republic of Hungary*.

¹²⁰ *Op. cit.* ¶49.

¹²¹ Debe destacarse que, aunque el tópico haya sido debatido en sede jurisdiccional y no de mérito, ello no obsta a que se trate de una cuestión prejudicial, en tanto la existencia de la inversión constituye un presupuesto lógico-jurídico para la afirmación de expropiación ilegal. Véase Sección II.

¹²² TRIBUNAL (2014) *Emmis International Holding, B.V, Emmis Radio Operating, B.V. and MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi ÉS Szolgáltató KFT v. The Republic of Hungary* ¶46.

propiación bajo los términos del tratado de inversiones¹²³. En este orden de ideas, para determinar la existencia de derechos de propiedad del inversionista, era necesario hacer referencia al derecho nacional del Estado receptor, pues el “Derecho Internacional Público no crea derechos de propiedad”¹²⁴. El tribunal razonó que cuando se presentaba una pregunta propia del derecho interno, el mismo debía intentar determinar el contenido del derecho aplicable en concordancia con cómo sería entendido y aplicado por los tribunales nacionales. A su juicio:

“tanto las determinaciones de los tribunales nacionales como el contenido de la ley interna que son llamados a aplicar pueden ser de gran ayuda para un tribunal internacional”¹²⁵.

De esta forma, el tribunal arbitral de inversiones procedió a determinar si es que la parte demandante tenía derechos de propiedad al momento de realizarse la presunta expropiación, observando a dinámica propia del derecho y los tribunales nacionales húngaros¹²⁶. Finalmente, el tribunal arbitral declinó su competencia por falta del elemento *ratione materiae*.

Si bien en este caso no existía una decisión previa emanada de un tribunal doméstico, el razonamiento del tribunal pareciera indicar que quienes se encuentran en mejor posición para zanjar las cuestiones dentro de la órbita del derecho nacional son los tribunales domésticos, siendo vinculante esta decisión en el ámbito internacional. En caso de no existir una decisión nacional previa que tenga autoridad de cosa juzgada, el tribunal arbitral de inversiones podría reclamar la competencia para zanjar aquella cuestión relacionada con el derecho nacional¹²⁷, tal como si fuera un supuesto de prejudicialidad no devolutiva.

Por otro lado, en el marco de demandas de vulneración al trato justo y equitativo, han existido algunos tribunales que efectivamente han limitado su órbita de revisión en deferencia a una decisión interna que decide sobre la legalidad de la actuación estatal¹²⁸. Un caso prístino en esta línea fue *Alghanim vs.*

¹²³ TRIBUNAL (2014) *Emmis International Holding, B.V, Emiss Radio Operating, B.V. and MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi ÉS Szolgáltató KFT v. The Republic of Hungary* ¶156.

¹²⁴ *Op. cit.* ¶162.

¹²⁵ *Op. cit.* ¶176.

¹²⁶ *Op. cit.* ¶178 ss.

¹²⁷ Nótese que el tribunal en el caso *Emmis* aceptó la distinción entre el derecho nacional e internacional, y razonó que cada orden legal mantenía su propia independencia en el juzgamiento del caso. Sin embargo, sostuvo que, para determinar la existencia de derechos de propiedad susceptibles de ser expropiados, debía referirse al derecho doméstico del Estado anfitrión.

¹²⁸ WEHLAND (2019) p. 212 ss.

Jordan¹²⁹. En este caso, los inversionistas kuwaitíes tenían el 66 % de la empresa jordana UMC, a través de una segunda empresa jordana llamada UTT. En 2004, le fue concedida a UMC una licencia para explotar una red de telecomunicaciones móviles en Jordania. Dos años más tarde, los demandantes a través de UTT vendieron su participación en UMC a un inversor bahreiní. En 2008, el Departamento Jordano de Impuestos sobre la Renta y las Ventas (Jordanian Income and Sales Tax Department) decidió que UTT debía pagar el impuesto sobre la renta por la venta de su participación en UMC. UTT impugnó esta decisión ante el tribunal tributario de apelación y luego ante la Corte de Casación de Jordania, recursos que no prosperaron, siendo el último desestimado en el año 2012.

En 2013, los demandantes iniciaron un procedimiento CIADI en contra de Jordania por vulneración al TBI entre Jordania y Kuwait. Los demandantes sostenían que la imposición del impuesto no tenía fundamento legal en el derecho jordano, y que esta medida, en realidad, resultaba de presiones políticas. En particular, se alegó que la responsabilidad del Estado no lo era por las decisiones de los tribunales, sino que por “infracciones no corregidas por los tribunales”.

Al momento de resolver la controversia, el tribunal se remitió a las conclusiones del tribunal del caso *Azinian v. México* y, en particular, a la afirmación de que:

“una autoridad gubernamental no puede ser reprochada por actuar de una manera validada por sus tribunales, a menos que la conducta misma de los tribunales constituya una violación del tratado”¹³⁰.

Bajo su entendimiento, debía considerar todo el curso de acción del Estado demandado, tomando en consideración no solo la medida tributaria impuesta, sino que, también, la decisión de los tribunales jordanos¹³¹. De esta forma, el tribunal consideró:

“a menos que el tribunal encuentre que la decisión de los tribunales jordanos de lugar a la denegación de justicia, la consecuencia será que la ISTD [la entidad administrativa] no puede ser condenada por haber actuado sobre la base de una interpretación del derecho validada por las Cortes”¹³².

¹²⁹ TRIBUNAL (2017) *Fouad Alghanim and Sons Co. for General Trading and Contracting and others v. Hashemite Kingdom of Jordan*.

¹³⁰ *Op. cit.* ¶318.

¹³¹ *Op. cit.* ¶365.

¹³² *Op. cit.* ¶366.

El tribunal concluyó que la decisión de la Corte de Casación no era arbitraria, sino que resultaba “razonablemente abierta a la Corte en base al derecho”¹³³.

Para efectos de este trabajo, lo que resulta particularmente interesante y relevante de este caso es el análisis que se llevó a cabo por el tribunal sobre la existencia de una motivación política detrás del impuesto, cuestión que no parece haber sido objeto en el juicio interno¹³⁴. En este punto, dos de los árbitros del tribunal concluyeron que las medidas habían sido aplicadas conforme a derecho y, por lo tanto, no habían sido políticamente motivados. Sin embargo, el tercer árbitro concluyó que el impuesto sí había sido políticamente motivado y que, por lo tanto, el Estado había actuado de forma arbitraria. Pero frente a esta constatación, el árbitro agregó que se encontraba de acuerdo con el análisis y la conclusión del tribunal arbitral sobre las decisiones de los tribunales jordanos y la ausencia de denegación de justicia¹³⁵. De hecho, sostuvo:

“si las Demandantes hubieran presentado su solicitud de arbitraje inmediatamente después de la imposición de la Medida Fiscal en 2008, [su] decisión podría haber sido bien diferente”¹³⁶.

En esta aseveración, a juicio del autor de este trabajo, el tribunal y en particular este árbitro, consideraron el efecto vinculante de la decisión emanada de los tribunales jordanos, aun cuando no se encontraran de acuerdo con su razonamiento sustantivo.

Como es claro, en ambos casos los tribunales parecen haber constatado la relevancia en la coherencia con las decisiones internas y el derecho doméstico. A su vez, en ambos casos parece no haber existido renuncia, sino que realce de la separación conceptual entre el derecho nacional y el derecho internacional (traducido también como “autonomía de los tribunales arbitrales de inversión”). De esta forma, el análisis muestra que la incorporación de la prejudicialidad ya sea por la modificación de los tratados internacionales vigentes o por medio de la proactividad jurisprudencial de los tribunales de inversiones, puede traer múltiples beneficios en cuanto a la necesidad de coherencia sistémica, y puede significar un remedio ante la necesidad imperiosa de legitimación que tiene el arbitraje de inversiones en el escenario global contemporáneo.

¹³³ TRIBUNAL (2017) Fouad Alghanim and Sons Co. for General Trading and Contracting and others v. Hashemite Kingdom of Jordan ¶486.

¹³⁴ WEHLAND (2019) p. 218.

¹³⁵ TRIBUNAL (2017) Fouad Alghanim and Sons Co. for General Trading and Contracting and others v. Hashemite Kingdom of Jordan *Op. cit.* ¶19.

¹³⁶ *Op. cit.* ¶20.

VII. POSIBLES CRÍTICAS A LA INTRODUCCIÓN DEL MODELO DE LA PREJUDICIALIDAD DOMÉSTICA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

Si bien la incorporación del modelo de la prejudicialidad doméstica en el arbitraje de inversiones podría atraer múltiples beneficios, existen, también, cuestionamientos que podrían efectuarse a esta idea. Estas críticas son eventuales, dado que, a conocimiento del autor, el modelo no ha recibido escrutinio por parte de la doctrina ni la jurisprudencia. Sin perjuicio de ello, es de importancia significativa el tratarlas, pues ellas permitirán ponderar si es realmente conveniente la aplicación de la prejudicialidad por parte de los tribunales de inversión, y en caso de que la respuesta sea afirmativa, observar cuáles son sus límites.

1. *La separación dualista entre el derecho nacional e internacional, o “la autonomía del derecho de inversiones”*

El primer argumento, y uno de los principales, que podría plantearse en contra del modelo de la prejudicialidad doméstica está vinculado con la idea de que la vinculación a las decisiones domésticas implicaría, en últimos términos, difuminar la existencia del derecho internacional. Ello, de hecho, parece ser la razón por la cual los tribunales de inversiones consistentemente han afirmado que una decisión doméstica no puede tener efectos vinculantes en un procedimiento internacional, y que la litispendencia y la *res judicata* solo aplican dentro de “un mismo orden legal”¹³⁷. En los términos del tribunal de anulación en *Luchetti v. Perú*:

“mientras que un juzgamiento internacional que produce cosa juzgada constituirá en principio un obstáculo para una nueva examinación de la misma materia, la cosa juzgada a nivel nacional produce sus efectos jurídicos a nivel doméstico, y no será más que un elemento fáctico en un juzgamiento internacional”¹³⁸.

Este argumento también ha sido presentado en la forma de “la autonomía del derecho de inversiones”¹³⁹. En ello se afirmó el tribunal de *Wena v. Egipto*¹⁴⁰ para arribar a su conclusión de desatender la decisión doméstica que había emanado de un tribunal arbitral comercial. A su vez, parece ser la razón por la

¹³⁷ MAGNAYE & REINISCH (2016) p. 271.

¹³⁸ TRIBUNAL (2007) *Industria Nacional de Alimentos, A.S. and Indalsa Perú S.A. v. The Republic of Peru* ¶87.

¹³⁹ PATHAK (2021) p. 392.

¹⁴⁰ Véase Sección III.

cual el tribunal de *Malicorp v. Egipto* justificó su decisión de ignorar lo resuelto en un tribunal arbitral interno vinculado a la relación contractual entre el inversionista y el Estado, afirmando que el arbitraje de inversiones constituía un “método especial” diferente a los mecanismos de resolución contractuales¹⁴¹. La razón que justificaría estos razonamientos, presumiblemente, sería el propósito de evitar a los tribunales domésticos¹⁴², eludiendo el aparente sesgo que existiría en contra de los inversionistas y la falta de independencia de estos tribunales respecto del Estado¹⁴³.

Ante esta argumentación, lo primero que debiera observarse es que no existe una regla clara en el derecho consuetudinario internacional que permita resolver las resoluciones conflictivas entre tribunales internos y tribunales internacionales¹⁴⁴. Tampoco existe un principio general en el derecho internacional que permita afirmar el carácter autónomo y diferenciado de los tribunales arbitrales de inversión¹⁴⁵. Por otro lado, la afirmación rígida a estas ideas ha implicado la impermeabilidad del sistema de inversiones frente al contexto al que se desarrolla; esto es, un contexto que exige cada vez mayor coordinación entre adjudicadores nacionales e internacionales.

A mayor abundamiento, el argumento que podría plantearse en relación con la autonomía de los tribunales de inversión es que el sentido de existencia de este mecanismo sería la evitación de los tribunales domésticos por parte de los inversionistas, debido a la aparente parcialidad y sesgo que representarían ellos para la adjudicación de la disputa sobre inversiones. En este razonamiento, el efecto vinculante de las decisiones domésticas atentaría contra este valor protector que consagraría el sistema de inversiones.

Si bien la anterior objeción es plausible, es preciso destacar que el valor de otorgar un espacio jurisdiccional diferenciado del ámbito jurídico doméstico no es absoluto, ni constituye el único fin del arbitraje de inversiones. Existen otros valores que pretenden cautelar esta institución, como es la despolitización de las disputas de inversiones¹⁴⁶. De hecho, en los trabajos preparatorios de la Convención de Washington (o Convención CIADI, la cual constituye uno de los hitos más importantes en el desarrollo del arbitraje de inversiones), el propósito de establecer un mecanismo internacional para la resolución de disputas de inversiones de forma alternativa a los tribunales domésticos parece haber

¹⁴¹ TRIBUNAL (2011) *Malicorp Limited v. The Arab Republic of Egypt* ¶103.

¹⁴² SCHREUER (2010) p. 71.

¹⁴³ KAUFMANN-KOHLER & POTESTÀ (2020) p. 20.

¹⁴⁴ CUNIBERTI (2006) p. 397.

¹⁴⁵ Véase JOOSTE (2017) p. 33.

¹⁴⁶ KAUFMANN-KOHLER & POTESTÀ (2020) p. 19.

representado un papel mínimo¹⁴⁷. La Convención CIADI no pretendía reemplazar la resolución de disputas en los tribunales domésticos, sino que buscaba proveer un mecanismo alternativo a ser usado solo en determinadas circunstancias¹⁴⁸.

Así, la aparente oposición drástica que existiría entre la resolución de disputas en tribunales domésticos y tribunales arbitrales de inversión sería más bien aparente, en términos que el arbitraje de inversiones constituiría un mecanismo caracterizado por su especialidad técnica y despolitizada, no por su autonomía frente a los tribunales nacionales. Por ello, no parece correcto esgrimir una argumentación de esta línea como forma de eludir la vinculación de una decisión previa sobre una cuestión prejudicial doméstica.

Sumado a ello, debe recordarse que el arbitraje de inversiones suele ser caracterizado como un mecanismo *sui generis*, que tiene una naturaleza “híbrida”, en la cual tiene incidencia tanto el derecho doméstico y el internacional, y en el cual una de las partes no es un Estado¹⁴⁹. Por ello, este mecanismo no es un procedimiento puramente internacional, sino que se encuentra a medio camino entre un tribunal de naturaleza pública internacional, y uno de naturaleza comercial y privada. Cuando se tiene en cuenta esto, resulta plausible considerar que las decisiones prejudiciales sobre cuestiones domésticas puedan tener incidencia vinculante directa en los juicios de inversiones, en línea con su naturaleza mixta y heterogénea.

2. *La ausencia de base normativa para la aplicación de la prejudicialidad*

Un segundo argumento que podría plantearse a este efecto es la ausencia de herramientas normativas en el derecho internacional que justifiquen la aplicación de la prejudicialidad. Esta idea debe reconducirse, necesariamente, a las fuentes desde las cuales emana el derecho internacional. Estas fuentes sirven como criterios integradores al momento de entregar respuestas en la consecución del procedimiento; por lo tanto, para llenar aquellos vacíos, los tribunales pueden hacer referencia a la costumbre internacional, a los principios generales del derecho, y pueden hacer uso de sus poderes inherentes¹⁵⁰.

En este sentido, lo que se ha considerado tradicionalmente es que la cosa juzgada constituye un principio general del derecho aplicable en los procedi-

¹⁴⁷ KAUFMANN-KOHLER & POTESTÀ (2020) p. 20.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Véase DOUGLAS (2003) p. 159; DOUGLAS (2009) p. 6.

¹⁵⁰ BROWN (2010) p. 664.

mientos internacionales¹⁵¹, cuestión que ha sido sostenida consistentemente por los tribunales arbitrales de inversión¹⁵². Ahora bien, tal como fue establecido la conceptualización de la cosa juzgada varía en derecho continental y en el *common law* e, incluso, dentro de estas tradiciones, existen diferencias relevantes entre los distintos ordenamientos jurídicos.

Dicho esto, ¿por qué debieran los tribunales arbitrales de inversión asumir el criterio de la cosa juzgada prejudicial presente en el *civil law*? A juicio del autor de esta investigación, la razón es esencialmente práctica. Como establecía Christoph Schreuer, el mecanismo de *preliminary rulings* ha sido exitoso en asegurar la coherencia al interior del contexto jurídico europeo. Al mismo tiempo, parece ser una herramienta efectiva en asegurar la coherencia en el juzgamiento de un tribunal arbitral de inversiones y un tribunal doméstico. Cabe destacar, además, que el criterio utilizado hoy para evaluar la procedencia de la cosa juzgada por los tribunales arbitrales de inversión es el test de “triple identidad”¹⁵³; es decir, su conceptualización predominante en el derecho internacional de inversiones está vinculada a la concepción de la cosa juzgada en el *civil law*¹⁵⁴, en su vertiente negativa. Esta conceptualización es, a su vez, la predominante en el derecho internacional público, cuestión que ha sido afirmada por la Corte Internacional de Justicia¹⁵⁵. Por ello, reconocer el efecto prejudicial de la cosa juzgada implicaría, simplemente, complementar el entendimiento que ha tenido esta institución en la tradición jurídica continental, integrando su entendimiento con el efecto positivo.

De esta forma, el reconocimiento de la cuestión prejudicial doméstica dialoga con el entendimiento que existe en la actualidad en el derecho internacional sobre la cosa juzgada, y resultaría efectivo para asegurar la coherencia y coordinación entre los tribunales domésticos y los tribunales de inversión.

3. El riesgo de la denegación de justicia

Otra objeción que podría plantearse al efecto vinculante de una decisión sobre una cuestión prejudicial doméstica es en el caso en que exista vulneración al debido

¹⁵¹ MAGNAYE & REINISCH (2016) p. 265.

¹⁵² TRIBUNAL (1998) *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia* ¶26; TRIBUNAL (2002) *Waste Management Inc. v. United Mexican States* [II] ¶39; TRIBUNAL (2005) *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* ¶181; TRIBUNAL (2005) *Petrobart Limited v. Kyrgyz Republic* VIII.4.3.

¹⁵³ KAUFMANN-KOHLER & POTESTA (2020) p. 41.

¹⁵⁴ PATHAK (2021) p. 384.

¹⁵⁵ TRIBUNAL (2016) *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast. Nicaragua v. Colombia* ¶55.

proceso en el juzgamiento interno. Puesto, en otros términos, que la decisión interna pugne con los estándares del derecho internacional no por su contenido, sino porque ella haya emanado de un procedimiento viciado, vulnerando las garantías procesales del inversionista extranjero en aquel juicio doméstico. Es decir, que la sentencia doméstica constituya en sí misma una denegación de justicia, o un pretexto formal que esconda un ilícito internacional¹⁵⁶.

Esta constituye una crítica que debe ser tomada en consideración. En cierta medida, esta objeción es una extensión del argumento sobre la autonomía del sistema de inversiones. A juicio del autor de este trabajo, la hipótesis de denegación de justicia constituye la única causal por la cual un tribunal arbitral de inversiones podría desatender lo resuelto en un tribunal interno bajo el modelo de la prejudicialidad. En otros términos, para desatender lo resuelto en el ámbito interno, el inversionista debería acreditar que la decisión doméstica ha emanado de un tribunal parcial, o que se ha vulnerado el derecho a su debida defensa, o que no se le ha permitido presentar prueba, u otro tipo de vulneración procesal. En el caso que no existiera aquello, el tribunal de inversiones debería sujetarse a la decisión interna.

En esta línea, se ha mostrado una serie de tribunales arbitrales de inversión que han hecho referencia a la decisión de *Azinian v. Mexico*¹⁵⁷, dictada en el marco de un procedimiento por una medida administrativa presuntamente vulneradora de la cláusula de trato justo y equitativo contenida en el NAFTA. En el caso, el razonamiento del tribunal fue en la línea de que una vez que una medida administrativa había sido ratificada por los tribunales internos, ello excluía la revisión de aquella medida en el ámbito internacional. Lo único que podría ser revisado en el procedimiento de inversiones sería el procedimiento ante aquel tribunal doméstico, en el cual el inversionista debería demostrar la denegación de justicia¹⁵⁸.

Así, este supuesto constituye una morigeración y un límite al modelo de la prejudicialidad doméstica, y una causal que permitiría proteger a los inversionistas en caso de que sus garantías integradoras del debido proceso se vieran afectadas. En los demás casos, los árbitros internacionales se encontrarían vinculados por la decisión interna. De esta forma, se podría construir un modelo firme que asegure la coherencia entre las decisiones internas y las decisiones de los tribunales de inversiones, sin que aquello implique la total sumisión a lo resuelto en el ordenamiento jurídico interno cuando se han vulnerado las garantías procesales básicas de los inversionistas extranjeros.

¹⁵⁶ WEHLAND (2019) p. 214.

¹⁵⁷ TRIBUNAL (1999) *Robert Azinian, Kenneth Davitian, and Ellen Baca v. United Mexican States* ¶99.

¹⁵⁸ WEHLAND (2019) p. 214.

CONCLUSIONES

El arbitraje de inversiones enfrenta un momento difícil en el mundo contemporáneo; no por nada se estima que hoy este mecanismo se encuentra en “crisis”¹⁵⁹. En este trabajo, se ha dado cuenta de una de las causas que, presumiblemente, y en último término, explica parte de aquella crisis de deslegitimación en que se encuentra este mecanismo de adjudicación. La afirmación formalista del dualismo existente entre el sistema internacional de inversiones y el contexto jurídico doméstico ha implicado una amenaza a la legitimación del sistema de inversiones¹⁶⁰, dejando un amplio espacio para la incoherencia entre las decisiones de tribunales de inversión y decisiones internas¹⁶¹.

Al mismo tiempo, ha sido explorada una posible solución al problema de incoherencia en cuanto a cuestiones prejudiciales refiere. Como fue observado, el mecanismo de la cosa juzgada positiva en el contexto jurídico interno concretiza el valor de la coherencia y la coordinación entre tribunales como forma de legitimar la actividad judicial. En últimos términos, lo que se pretende es desincentivar a los ciudadanos de otros mecanismos de acción violenta, y resguardar la confianza en la actividad jurisdiccional. *Mutatis mutandis*, se observa un problema similar en el contexto de los arbitrajes de inversión, en el cual existe una creciente desconfianza a este mecanismo de adjudicación, lo cual ha llevado a algunos Estados a denunciar tratados como la Convención de Washington¹⁶².

A juicio del autor de este trabajo, la adopción del efecto de cosa juzgada positiva y el efecto vinculante de las decisiones judiciales internas por parte de los tribunales arbitrales de inversión podría constituir una herramienta útil para subsanar aquel espacio de incoherencia. Esta solución no impugna (ni pretende impugnar) la distinción entre el sistema internacional de inversiones y los ordenamientos domésticos. En cambio, pretende crear un espacio de coordinación y diálogo, como forma de legitimar y mantener con vigencia el arbitraje de inversiones.

Sin embargo, lo anterior depende de la proactividad y deferencia que tengan los tribunales arbitrales al momento de enfrentarse a situaciones como las estudiadas en este artículo. Los precedentes jurisprudenciales que se dicten en los próximos años pueden determinar el futuro que tenga el arbitraje de inversiones y la resolución pacífica de disputas sobre inversiones extranjeras. Ha-

¹⁵⁹ DIETZ, DOTZAUER & COHEN (2019); VADI (2020); DANI & AKHTAR-KHAVARI (2016).

¹⁶⁰ BRENNINKMEIJER (2023) p. 400.

¹⁶¹ PATHAK (2021) p. 404

¹⁶² Véase <https://ciarglobal.com/honduras-denuncia-el-convenio-ciadi-su-retirada-sera-efectiva-en-agosto/#:~:text=El%20Art%C3%ADculo%2071%20del%20Convenio,25%20de%20agosto%20de%202024> [fecha de consulta: 25 de mayo de 2024].

brá que observar si los tribunales aplican el modelo planteado en estas páginas, o encuentran alguna otra solución adecuada al anhelo imperioso de legitimación que tiene este mecanismo de resolución de disputas en la actualidad.

BIBLIOGRAFÍA

- BALDWIN, Simeon (1916): "The Relation of International Law to the Law of England and of the United States of America. By Cyril M. Picciotto, with an Introduction by L. Oppenheim LL. D., New York: McBride, Nast & Co. 1915", *American Journal of International Law* vol. 10 No. 1.
- BEHN, Daniel; FAUCHALD, Ole Kristian & LANGFORD, Malcolm (2022): *The Legitimacy of Investment Arbitration. Empirical Perspectives* (Cambridge, Cambridge University Press).
- BEHN, Daniel; LANGFORD, Malcolm & LÉTOURNEAU-TREMBLAY, Laura (2020): "Empirical Perspectives on Investment Arbitration: What Do We Know? Does It Matter?", *Journal of World Investment and Trade* No. 21.
- BRENNINKMEIJER, Mees (2023): "Jurisdictional overlap between domestic courts and investment arbitration: an occasion for judicial dialogue", *Arbitration International* vol. 39 No. 3.
- BROWN, Chester (2010): "Procedure in investment treaty arbitration and the relevance of comparative public law", in Schill, Stephan, *International Investment Law and Comparative Public Law* (Oxford, Oxford University Press).
- CALAZA, Sonia (2011): *La cosa juzgada* (Madrid, Editorial La Ley).
- CHERNYKH, Yuliya (2022): *Contract Interpretation in Investment Treaty Arbitration* (Leiden, Martinus Brill Nijhoff).
- CRAWFORD, James (2008): "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International* vol. 24, No. 3.
- CUNIBERTI, Gilles (2006): "Parallel Litigation and Foreign Investment Dispute Settlement", *Foreign Investment Law Journal* vol. 21.
- DANI, Mojtaba & AKHTAR-KHAVARI, Afshin (2016): "The uncertainty of legal doctrine in indirect expropriation cases and the legitimacy problems of investment arbitration", *Widener Law Review* vol. 22 No. 1.
- DE BRABANDERE, Eric (2014): *Investment Treaty Arbitration as Public International Law. Procedural Aspects and Implications* (Cambridge, Cambridge University Press).
- DIETZ, Thomas, DOTZAUER, Marius & COHEN, Edward (2019): "The legitimacy crisis of investor-state arbitration and the new EU investment court system", *Review of International Political Economy* vol. 26 No. 4: pp. 749-772.
- DOLZER, Rudolph & SCHREUER, Christoph (2008): *Principles of International Investment Law* (Oxford, Oxford University Press).

- DOUGLAS, Zachary (2003): "The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration", *British Yearbook of International Law* vol. 74.
- DOUGLAS, Zachary (2009): *The international law of investment claims* (Cambridge, Cambridge University Press).
- EZURMENDIA, Jesús (2021): *Reflexión contemporánea sobre la cosa juzgada. Comparación entre modelos de civil law y common law* (Barcelona, JB Bosch Editor).
- FRANCK, Susan (2004): "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions", *Fordham Law Review* vol. 73.
- HEPBURN, Jarrod (2017): *Domestic law in international investment arbitration* (Oxford, Oxford University Press).
- HOBÉR, Kaj (2015): "Investment Treaty Arbitration and Its Future - If Any", *Arbitration Law Review* vol. 7.
- JANA, Andrés (2016): "Reparation in Investment Treaty Arbitration", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* vol. 110.
- JOOSTE, Philippus (2017): "The preclusive effect of national court decisions: in international investment arbitration - Res Judicata or Issue Estoppel Applicable or Not?", *Victoria University of Wellington Legal Research Paper, Student/Alumni Papes* No. 15. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2984735 [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2024].
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle y POTESTA, Michele (2020): *Why investment arbitration and not domestic courts? The origins of the modern investment dispute resolution system, criticism, and future outlook* (Ginebra, Springer Open).
- KOSKENNIEMI, Martti (2017): "It's not the Cases, It's the System", *Journal of World Investment and Trade* No. 18.
- MAGNAYE, Jose & REINISCH, August (2016): "Revisiting Res Judicata and Lis Pendens in Investor-State Arbitration", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* vol. 15 No. 2.
- MALMSTRÖM, Cecilia (2015): "Proposing an Investment Court System", *European Commission*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_5651 [fecha de consulta: 27 de abril de 2024].
- MATURANA, Javier (2022): "La cosa juzgada entre lo penal y lo civil ¿Vincular o no vincular? Un breve viaje de ida y de vuelta a través de diferentes sistemas jurídicos", en Ezurmendia, Jesús, *Principios de justicia civil* (Barcelona, JB Bosch Editor).
- MAUPIN, Julie (2008): "The Awards in Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt", in Álvarez, Guillermo & Reisman, Michael, *The Reasons Requirement in International Investment Arbitration* (Leiden, Martinus Brill Nijhoff) pp. 231-260.
- McLACHLAN, Campbell (2009): *Lis pendens in International Litigation* (The Hague, Martinus Nijhoff Publishers).

- MEREMINSKAYA, Elina (2009): "La cláusula paraguas: lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos", *Revista Internacional de Arbitraje* n.º 11.
- NOVÝ, Zdeněk (2017): "Lis Pendens between International Investment Tribunals and National Courts", *Česká ročenka mezinárodního práva veřejného a soukromého* vol. 8.
- PATHAK, Harshad (2021): "Jurisdictional Conflicts between Investment Treaty and Commercial Arbitration-The Role of Lis Pendens", *Journal of International Dispute Settlement* vol. 12 No. 3.
- PRIORI, Giovanni (2010): "La suspensión del proceso por prejudicialidad en el proceso civil peruano", *Ius et Veritas* vol. 20 n.º 40.
- PRISLAN, Vid (2019): *Domestic courts in investor-state arbitration: partners, suspects, competitors*. Doctoral Thesis, Leiden University. Disponible en <https://scholarlypublications.universiteitleiden.nl/access/item%3A2910219/view> [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2024].
- QUINTERO, Rafael (2022): "A Haberman response to the legitimacy crisis of Investment Arbitration", *ELTE Law Journal* No. 1.
- RIVERO, Renée (2015): *La prejudicialidad en el proceso civil. Medios procesales para la coherencia de sentencias dictadas en procesos con objetos conexos. Estudio comparado del Derecho español y chileno*. Tesis doctoral (Valencia, Universidad de Valencia).
- ROBERTS, Anthea (2015): "Triangular treaties: the extent and limits of investment treaty rights", *Harvard International Law Journal* vol. 56.
- ROMERO, Alejandro (2015): "La prejudicialidad en el proceso civil", *Revista Chilena de Derecho* vol. 42 n.º 2.
- ROMERO, Alejandro (2002): *La cosa juzgada en el proceso civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SCHAFFSTEIN, Silja (2012): *The Doctrine of Res Judicata before International Arbitral Tribunals*, Phd Thesis, University of Geneva and University of London.
- SCHREUER, Christoph (1996): "International and Domestic Law in Investment Disputes. The Case of ICSID", *Austrian Review of International and European Law Online* vol. 1 No. 1.
- SCHREUER, Christoph (2004): "Travelling the BIT route: of waiting periods, umbrella clauses and forks in the road", *The Journal of World Investment and Trade* vol. 5 No. 2.
- SCHREUER, Christoph (2008): "Preliminary Rulings in Investment Arbitration", in Sauviant, Karl, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes* (Oxford, Oxford University Press): pp. 207-212.
- SCHREUER, Christoph (2014): "Jurisdiction and applicable law in investment treaty arbitration", *McGill Journal of Dispute Resolution* vol. 1.
- SCHREUER, Christoph (2010): "Interactions of international tribunals and domestic courts in investment law", in Rovine, Arthur, *Contemporary issues in international arbitration and mediation. The Fordham Papers* (Leiden, Martinus Brill Nijhoff).

- SHANY, Yuval (2004): *The competing jurisdictions of international courts and tribunals* (Oxford, Oxford University Press).
- SHANY, Yuval (2008): "National courts as international actors: jurisdictional implications", *Hebrew University International Law Research Paper* No. 22-08. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1292056 [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2024].
- SWARABOWICZ, Michal (2017): "Identity of Claims in Investment Arbitration: A Plea for Unity of the Legal System", *Journal of International Dispute Settlement* vol. 8 n.º 2.
- TZANAKOPOULOS, Antonios (2011): "Domestic Courts in International Law: the international judicial function of national courts", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* vol. 34 No. 1.
- URUEÑA, René (2016): "Subsidiarity and the public-private distinction in Investment Treaty Arbitration", *Law and Contemporary Problems* vol. 79 No. 2: pp. 99-121.
- VADI, Valentina (2020): "Crisis, continuity, and change in international investment law and arbitration", *Michigan Journal of International Law* vol. 42.
- VIRDZHINIYA, Georgieva (2021): "Hierarchy between Domestic and International Tribunals: Utopia or Near Future?", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* vol. 14: pp. 21-71.
- WEHLAND, Hanno (2019): "Domestic Courts and Investment Treaty Tribunals: The Effect of Local Recourse Against Administrative Measures in the Breach of Investment Protection Standards", *Journal of International Arbitration* vol. 36 No. 2.
- ZARRA, Giovanni (2016): *Parallel proceedings in investment arbitration* (The Hague, Eleven International Publishing y Giappichelli Editore).
- ZARRA, Giovanni (2018): "The Issue of Incoherence in Investment Arbitration: Is there need for a Systemic Reform?", *Chinese Journal of International Law* vol. 17 No. 1.

Otros documentos

- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (2009a): *ILA Final Report on Lis pendens and Arbitration*. Disponible en <https://academic.oup.com/arbitration/article/25/1/3/208210?searchresult=1> [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2024].
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (2009b): *ILA Final Report on Res judicata and Arbitration*. Disponible en <https://academic.oup.com/arbitration/article/25/1/67/208234?searchresult=1> [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2024].
- UNCTAD (2003): *UNCTAD Series on issues in international investment agreements*. Disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/iteiit30_en.pdf [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2024].

Jurisprudencia

- TRIBUNAL (1925): Certain German Interests in Polish Upper Silesia, PCIJ Series A No. 6, Preliminary Objections, May 15, 1925.

- TRIBUNAL (1998): Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction in Resubmitted Proceeding, May 10, 1988.
- TRIBUNAL (1999): Robert Azinian, Kenneth Davitian, and Ellen Baca v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, November 1, 1999.
- TRIBUNAL (2002): Wena Hotels Ltd v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision (Annulment Proceeding), February 5, 2002.
- TRIBUNAL (2002): Waste Management Inc. v. United Mexican States [II], ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Decision on Mexico's Preliminary Objection concerning the Previous Proceedings, June 26, 2002.
- TRIBUNAL (2000): Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, December 8, 2000.
- TRIBUNAL (2002): Compañía de Aguas del Aconquija SA and Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB 97/3, Decision on Annulment, July 3, 2002.
- TRIBUNAL (2003): ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1, January 9, 2003.
- TRIBUNAL (2005): Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, February 8, 2005.
- TRIBUNAL (2005): Petrobart Limited v. Kyrgyz Republic, SCC Case No. 126/2003, Arbitral Award, March 29, 2005.
- TRIBUNAL (2006): EnCana Corporation v. Republic of Ecuador (UNCITRAL), Award, February 3, 2006.
- TRIBUNAL (2006): Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic (UNCITRAL), Partial Award, March 17, 2006.
- TRIBUNAL (2007): Industria Nacional de Alimentos, A.S. and Indalsa Perú S.A. v. The Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/4, Decision on Annulment, September 5, 2007.
- TRIBUNAL (2008): Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/19, Award, July 3, 2008.
- TRIBUNAL (2011): Malicorp Limited v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/08/18, Award, February 7, 2011.
- TRIBUNAL (2011): Salini Costruttori SpA. Amd Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco [I], ICSID Case No. ARB/00/4, July 31, 2011.
- TRIBUNAL (2014): Emmis International Holding, B.V, Emmis Radio Operating, B.V. and MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi ÉS Szolgáltató KFT v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/12/2, Award, April 16, 2014.
- TRIBUNAL (2016): Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Ni-

caragua v. Colombia), International Court of Justice, Preliminary Objections, March 17, 2016.

TRIBUNAL (2017): *Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting & others v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/13/38, Separate Opinion of L. Yves Fortier, December 14, 2017.