

Parte IV

Resolución de litigios contractuales



Resumen

Tradicionalmente los contratos administrativos entre el Estado y una persona privada se encuentran regidos por el derecho administrativo y cualquier disputa entre las partes se somete a la jurisdicción contenciosa administrativa del foro. No obstante, la participación cada vez más notoria de inversionistas extranjeros, particularmente grandes multinacionales, ha dado como resultado una internacionalización de los contratos administrativos suscritos con el Estado, tanto por la ley aplicable a este como por la escogencia de un foro neutral, fuera de los tribunales administrativos y judiciales del Estado receptor de la inversión. En este sentido cabe preguntarse si el arbitraje internacional es el foro idóneo para resolver los conflictos contractuales entre el Estado y una parte privada. Este escrito explorará los factores de internacionalización de los contratos con el Estado, incluyendo la cláusula de resolución de disputas en contratos administrativos. Asimismo, el escrito se referirá a la posible interacción entre el contrato suscrito con la administración del Estado y los tratados de inversión que haya podido suscribir el país del inversionista con el Estado receptor de la inversión. Por último, se dará una especial atención al arbitraje en materia de contrataciones públicas seguido por algunos países de la región como es el caso de la República del Perú.

Sumario

- I.** Introducción.
- II.** Internacionalización de los contratos con el Estado. 1. Las cláusulas de arbitraje dentro de los contratos con el Estado. 2. Las cláusulas de derecho aplicable. 3. Las cláusulas de estabilización.
- III.** Interacción entre los contratos de inversión y los tratados de inversión.
- IV.** El arbitraje en la contratación pública: el caso de la República del Perú.
- V.** A manera de conclusión: ¿jueces o árbitros para resolver las controversias contractuales internacionales con el Estado?

Contratos internacionales con el Estado, poder público y arbitraje internacional

Margie-Lys Jaime*

I. Introducción

El recurso al arbitraje en contratos suscritos con el Estado y una persona privada no es algo nuevo. En la primera mitad del siglo XX podemos apuntar una serie de contratos de concesión de mediano o largo plazo sobre la explotación de recursos naturales, particularmente petroleros, suscritos entre empresas extranjeras y gobiernos como Irán, Etiopía, Indonesia y Kuwait. Estos contratos dieron así lugar a los primeros casos conocidos en materia de inversiones.¹ Tratándose de contratos suscritos antes de la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), los arbitrajes eran en su gran mayoría arbitrajes *ad hoc*.² Y es que la esencia misma de la creación del CIADI consiste en que las partes son libres de acordar a métodos internacionales de arreglos de diferencias. Esto a pesar que las controversias con el Estado son por regla general resueltas a través de

los procedimientos administrativos o judiciales disponibles al amparo de las leyes del Estado receptor de la inversión.³

En efecto, como regla general, los inversionistas privados carecen de acceso directo a métodos internacionales de resolución de conflictos, salvo por el recurso a la protección diplomática de su Estado de origen una vez agotado las vías de recursos internas. De ahí que el acuerdo contractual a un arbitraje internacional entre una entidad estatal y una persona privada sea la excepción a la norma en materia administrativa. Al respecto también debemos diferenciar entre los contratos internacionales de índole comercial que haya podido suscribir empresas estatales o mixtas de aquellos contratos catalogados como “contratos de inversión” en los cuales el Estado contrata dentro de sus prerrogativas soberanas, ejerciendo una función estatal.

Sin duda, la diferencia entre un arbitraje comercial internacional suscrito por una persona jurídica de derecho público interno y un arbitraje internacional en materia de inversiones es la materia objeto del arbitraje. En la medida en que el Estado o una entidad estatal actúan como un operador del comercio internacional, este está contratando dentro de las mismas reglas que rigen los operadores privados. Como resultado, su condición gubernamental tiene muy poca influencia en el régimen jurídico aplicable al contrato. Por el contrario, cuando el Estado, ya sea directamente o a través de una de sus dependencias, contrata en el ejercicio de sus prerrogativas de derecho público, el contrato sale de la esfera comercial para situarse dentro del derecho de las inversiones. Únicamente el segundo grupo es el que será tratado en el presente escrito, puesto que tiene su fundamento en la función administrativa del Estado.

En este orden de ideas, la sección II desarrollará los factores que han extraído a los contratos administrativos suscritos con el Estado fuera de la esfera del foro para situarlos dentro de la esfera internacional regida por el derecho internacional de las inversiones. Complementariamente, la sección III

abarcará el tema complejo que tiene la posible interacción entre los contratos administrativos y los tratados de inversión.

Finalmente, antes de concluir sobre la conveniencia o no de que los contratos administrativos sean resueltos a través de la vía arbitral, la sección IV tratará de la experiencia peruana en materia de contratación pública y el establecimiento de un arbitraje obligatorio que ha venido a desplazar a los tribunales de lo contencioso-administrativo.

II. Internacionalización de los contratos con el Estado

La internacionalización de los contratos con el Estado puede darse por una combinación de distintos factores. Los dos principales son: (i) las cláusulas de resolución de disputas que contienen como foro competente un tribunal arbitral internacional, y (ii) la aplicación del derecho internacional, ya sea directamente o como complemento del derecho interno. Por otro lado, las cláusulas de estabilización también cumplen una función importante sobre todo cuando se trata de contratos a largo plazo.

Contratos internacionales con el Estado, poder público y arbitraje internacional

Margie-Lys Jaime

1. Cláusulas de arbitraje dentro de los contratos con el Estado

El recurso a un arbitraje internacional para dirimir las controversias entre el Estado o una entidad estatal dentro de un contrato administrativo cuyo objeto es una inversión privada que está siendo realizada por un inversionista extranjero, da nacimiento a los llamados contratos de inversión. Mediante estos contratos de inversión el Estado se compromete a someterse de forma directa a un foro neutral, desprendiéndose de su inmunidad de jurisdicción, y a cumplir el laudo o decisión proferida por el tribunal arbitral. En otros términos, el inversionista extranjero puede prescindir del recurso a la protección diplomática de su propio Estado (previo agotamiento de los recursos internos), pudiendo demandar directamente al Estado receptor de la inversión.

Al respecto, H. Pazarci manifiesta que la responsabilidad contractual del Estado nacida del contrato suscrito con el inversionista extranjero es una responsabilidad cuasi-internacional, en donde existe una relación inter partes, y no una relación nacida del derecho internacional propiamente tal.⁴ En efecto, se trata en principio de un contrato nacido dentro del ordenamiento

jurídico del Estado receptor de la inversión, pero que por voluntad de las partes toda disputa que surja del contrato será tratada dentro de un foro internacional y neutral.

De acuerdo con el laudo “*Texaco c. Libia*”, la referencia a un arbitraje internacional sería suficiente para internacionalizar el contrato; es decir, a situarlo dentro del orden jurídico del derecho de los contratos internacionales.⁵ Al respecto, Pierre Mayer es de la opinión que todo dependerá de lo que entendamos por un arbitraje internacional y si el laudo dictado por el tribunal es realmente un laudo internacional y no un laudo interno.⁶ Así por ejemplo, un laudo dictado por un tribunal CIADI sería internacional aunque tenga su fundamento en un contrato administrativo con el Estado si cumple con los requisitos de jurisdicción del Centro.

Como en los antiguos casos petroleros de la primera mitad del siglo XX, los grandes proyectos de infraestructura de nuestros tiempos recurren al arbitraje internacional. A manera de ejemplo podemos citar los contratos suscritos por la Autoridad del Canal de Panamá (ACP), los cuales siguen el marco tradicional de los contratos promovidos por la Federación

internacional de ingenieros consultores (FIDIC) y utilizados comúnmente en el área de la construcción.⁷

Como es conocido, los contratos FIDIC cuentan con una cláusula de disputas en tres etapas: la primera, consistente en una reclamación directa por parte del contratista; la segunda, ante una Junta de Resolución de Conflictos (*Dispute adjudication board*) que dicta una resolución vinculante; y la tercera, que se activa en caso de insatisfacción con lo determinado por la Junta de Resolución de Conflictos y que puede dar como resultado la constitución de un tribunal arbitral. En el caso de los contratos suscritos con ACP, suele establecerse un periodo de 56 días de arreglo amistoso (*cool-off period*), antes de que pueda iniciarse el arbitraje, y como regla general, de acuerdo con las reglas de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).⁸

Sin duda, los grandes contratos de infraestructura negociados con empresas multinacionales alrededor del mundo son una muestra de las tendencias en materia de contratos internacionales con el Estado, lo cual sale del típico contrato administrativo regido exclusivamente por el derecho administrativo del foro.

2. Las cláusulas de derecho aplicable

Como en todo contrato, la autonomía de la voluntad de las partes juega un papel fundamental en los contratos con el Estado. En este sentido, las partes son libres de estipular la aplicación del derecho interno del país del Estado receptor de la inversión, o del derecho internacional. Ahora bien, en una primera etapa los contratos con los Estados se encontraban en su gran mayoría regidos por el derecho del Estado receptor de la inversión, por lo que toda tentativa de introducir la aplicación del derecho internacional producía la renuencia de los tribunales arbitrales.

En “*Aramco c. Arabia Saudita*”, el tribunal arbitral parte del principio que el contrato de concesión petrolera acordada por un Estado soberano y una sociedad privada extranjera, no deriva del derecho internacional público sino que necesariamente se encuentra sometido al derecho de un Estado determinado.⁹ Aun así, el tribunal arbitral aceptó la aplicación de los principios generales del derecho y de los usos seguidos por la industria petrolera para determinar los efectos internacionales del contrato. Incluso también aceptó el recurso al derecho internacional público en la medida en

Contratos internacionales con el Estado, poder público y arbitraje internacional

Margie-Lys Jaime

que no se encuentre ninguna disposición de derecho interno aplicable a las operaciones de transporte en alta mar, a la soberanía del Estado sobre sus aguas territoriales y a la responsabilidad del Estado por la violación de sus obligaciones internacionales.¹⁰

En realidad, el recurso a los “principios generales del derecho internacional”, “principios generalmente aceptados por las naciones civilizadas” (según los términos del artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia) o bien, “principios reconocidos por los tribunales internacionales”, ya sea como derecho directamente aplicable o como complemento para llenar las lagunas existentes en el Estado receptor de la inversión, ha sido una práctica frecuente.

Al respecto, cabe distinguir entre la ley aplicable al contrato (*lex contractus*), producto de la autonomía de la voluntad de las partes y el orden jurídico de base sobre el cual se fundamenta el contrato con el Estado. De acuerdo con Prosper Weil, el ordenamiento jurídico que sirve de base al contrato entre un Estado y una persona extranjera privada puede tratarse del orden interno o del orden internacional, dependiendo en primer lugar de la naturaleza del contrato y, en segundo lugar, de la ley aplicable al contrato por

acuerdo de las partes.¹¹ En este sentido, un contrato por naturaleza de derecho interno como sería un contrato administrativo puede internacionalizarse a través de la aplicación del derecho internacional. Charles Leben señala por su parte que, si bien los contratos con el Estado suponen en principio la aplicación del derecho interno del Estado receptor de la inversión, es el derecho internacional público el único orden jurídico susceptible de darle un carácter obligatorio a los compromisos adquiridos por el Estado como sujeto de derecho internacional.¹²

La interacción entre el derecho interno del Estado receptor de la inversión y el derecho internacional es reconocida en la Convención de Washington. En este sentido, el tribunal arbitral deberá aplicar la legislación del Estado parte en la controversia y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables, a falta de acuerdo contrario entre las partes.¹³ De esta forma, aunque las partes no hayan acordado la aplicación de un derecho en particular, el hecho de que la controversia relativa a un contrato con el Estado entre dentro de la competencia del CIADI es suficiente para que este contrato, que por naturaleza debe tratarse de un contrato de inversión, sea regido por el derecho internacional y

no únicamente por el derecho interno del Estado receptor de la inversión.

3. Cláusulas de estabilización

Las cláusulas de estabilización o de intangibilidad tienen por objetivo “estabilizar” el derecho aplicable. Esto puede darse mediante la combinación del derecho interno con los principios generales del derecho, pero fundamentalmente a través de un compromiso por parte del Estado a no modificar su legislación en detrimento del inversionista extranjero que entra en una relación contractual con el Estado. Como consecuencia, el derecho interno del Estado receptor que se aplica deja de tener un carácter estrictamente nacional, dando como resultado un “derecho estabilizado” por el derecho internacional.

En “*Aminoil*”, el gobierno de Kuwait había anulado una concesión petrolera a través de una medida de nacionalización adoptada en 1977.¹⁴ En dicho contrato suscrito en 1948, las partes habían acordado resolver sus disputas en un arbitraje internacional. Adicionalmente, a través del artículo 17 del contrato, el gobierno había acordado no dictar ninguna ley general o especial, ni ninguna medida administrativa o acto con el fin de anular el acuerdo. Al respecto, el

tribunal arbitral manifestó que el derecho internacional reconoce la nacionalización como una prerrogativa soberana del Estado que puede verse limitada por los compromisos aceptados por el Estado en el contrato de concesión.¹⁵ En realidad, no se trata que el Estado no pueda modificar su legislación sino más bien que cualquier modificación que pudiera afectar el contrato no le será aplicable. En otras palabras, el contrato se encuentra exento de las modificaciones que pueda adoptar el Estado receptor de la inversión.

El fundamento de este principio es que la cláusula de estabilización crea una expectativa legítima en el inversionista que debe ser respetada por el Estado. De no ser así, el incumplimiento de este compromiso produce la responsabilidad internacional del Estado, debiendo este indemnizar al inversionista por violaciones al contrato así estabilizado por el derecho internacional.

III. Interacción entre los contratos de inversión y los tratados de inversión

Las expectativas legítimas del inversionista extranjero es un concepto que ha tomado fuerza en estos últimos años. En efecto, como resultado de

Contratos internacionales con el Estado, poder público y arbitraje internacional

Margie-Lys Jaime

múltiples arbitrajes que han sido llamados a analizar el concepto (incluso de forma contradictoria),¹⁶ los tratados de inversión de esta última década han entrado a delimitar su alcance. Y esto ya sea como un elemento para analizar el estándar de trato justo y equitativo¹⁷ o, como el resultado de una cláusula de observancia de los compromisos adquiridos –llamada también “cláusula paraguas”, por medio de la cual el Estado se compromete a través de un tratado de inversión a respetar sus compromisos adquiridos *vis a vis* el inversionista.

Independientemente que el Estado haya suscrito un contrato de inversión con un inversionista extranjero, este puede estar protegido por un tratado de inversión suscrito entre el Estado receptor de la inversión y el Estado de origen del inversionista. Sin embargo, cuando se encuentran ambas alternativas disponibles (*i.e.*, cláusula de resolución de conflictos de acuerdo al contrato y un arbitraje internacional competente para resolver las controversias nacidas del tratado), se abre la interrogante de saber ante qué tribunal presentar las reclamaciones contra del Estado.

La clave está en determinar cuál es el fundamento de la demanda. Si el

fundamento se encuentra en las violaciones del contrato se trata de una disputa contractual que debe dirimirse ante el tribunal competente (judicial o arbitral) de acuerdo con los términos de la cláusula de resolución de conflictos del contrato. Por otra parte, si el fundamento de la demanda se encuentra en una posible violación del tratado y de los compromisos adquiridos por el Estado a través del tratado, el inversionista deberá probar dicha violación independientemente de que exista o no una relación contractual.

En algunas ocasiones, sobre todo cuando se trata de tratados suscritos en los años 1990, los tribunales arbitrales han tenido que entrar a analizar la existencia de la cláusula de respeto de las obligaciones contraídas por el Estado, mayormente conocidas como cláusula paraguas o cláusulas de observancia.

La cláusula paraguas, muy común en los tratados de inversión suscritos en los años 1990, tiene por efecto situar el contrato suscrito con el Estado bajo la protección del tratado de inversiones. En otras palabras, la cláusula refleja los compromisos privados adquiridos contractualmente sobre el plano internacional del tratado. En este sentido, las violaciones del contrato podrían analizarse igualmente como una

violación del tratado.¹⁸ Esta protección deriva del principio de buena fe que debe reinar en los contratos suscritos por el Estado.

El principio de buena fe y la responsabilidad del Estado por violaciones al contrato son aspectos reconocidos en instrumentos internacionales desde inicios del siglo XX. Así, la Conferencia de Derecho Internacional de La Haya de 1929 sobre la responsabilidad internacional de los Estados prevé la responsabilidad por daños causados a un extranjero producto del cambio en la legislación del Estado que directamente infringe derechos derivados de una concesión otorgada o de un contrato con el Estado.¹⁹ Los tratados de inversión suscritos en esta última década no incluyen por lo general dicha cláusula, evitando así confusiones entre las demandas contractuales y las demandas sobre la base del tratado.²⁰

IV. El arbitraje en la contratación pública: el caso de la República del Perú

La Ley de contrataciones públicas en Perú recientemente entrada en vigor adopta cambios significativos en materia de solución de controversias que surjan en la etapa de ejecución del contrato.²¹ Ahora bien, ya desde hace

años el Perú contaba al arbitraje como un medio de solución de controversias que surjan durante la etapa de ejecución de un contrato regulado por la ley de contrataciones y adquisiciones del Estado.²²

La ley establece un régimen institucional de arbitraje especializado para la solución de controversias en las contrataciones con el Estado que deberá realizarse en una institución acreditada por el Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado (OSCE).²³ La ley también permite los arbitrajes *ad hoc*, regidos en principio, por lo pactado entre las partes; en defecto de este pacto, se aplica la regulación del reglamento de ley y de las directivas correspondientes del OSCE. En este sentido, un tribunal *ad hoc* deberá cumplir con el código de ética aprobado por el OSCE y el principio de transparencia que rige los arbitrajes en materia de contratos con el Estado.²⁴

Según el artículo 45 de la nueva ley, “las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes”. No obstante, cuando las controversias versen sobre la nulidad del contrato,

Margie-Lys Jaime

Contratos internacionales con el Estado, poder público y arbitraje internacional

éstas solo pueden ser sometidas a arbitraje. Concretamente, el reglamento aplicable dispone que en casos en que la entidad decida declarar la nulidad de oficio del contrato, el contratista tendrá el derecho a someter la controversia a arbitraje.²⁵

Cabe señalar que, a diferencia de los arbitrajes contractuales internacionales, los contratos regulados por la ley de contrataciones deberán necesariamente contener una cláusula de solución de controversias.²⁶ Los laudos arbitrales así proferidos de acuerdo con la ley podrán sujetarse al recurso de anulación de acuerdo con la ley de arbitraje peruana únicamente.²⁷

Específicamente, la nueva ley redefine el papel de la OSCE, estableciéndose que su intervención en los arbitrajes en la contratación pública responden al principio de subsidiaridad.²⁸ Se trata de un arbitraje catalogado por muchos como un arbitraje “obligatorio” o cuasi obligatorio.²⁹ Sin duda, este tipo de arbitraje no es la norma en la mayoría de los países latinoamericanos y en presencia de inversionistas extranjeros no se descarta el recurso al arbitraje internacional pactado entre las partes o, un arbitraje inversionista-estado sobre la base de un tratado en caso de que esta vía sea posible.

V. A manera de conclusión: ¿jueces o árbitros para resolver las controversias contractuales internacionales con el Estado?

El arbitraje se ha utilizado desde tiempos inmemoriales como medio para resolver las controversias contractuales internacionales. Cuando estas controversias se presentan entre un Estado y un nacional de otro Estado surgen muchas interrogantes sobre la legitimidad del arbitraje como medio para resolver controversias que involucran decisiones del estado dentro de su *imperium*.

Salvo casos excepcionales como la experiencia de la República del Perú para controversias en materia de contrataciones públicas, el arbitraje no es precisamente el medio idóneo en el que se suelen resolver las disputas de carácter administrativo. Sin embargo, cuando la controversia involucra intereses extranjeros, el arbitraje resurge como la alternativa propicia para resolver las controversias internacionales con el Estado.

En este orden de ideas, a la pregunta si son los jueces o los árbitros quienes deben resolver las controversias

internacionales con el Estado, la respuesta dependerá no solamente de la calidad de las partes y el poder de negociación de la parte privada, sino también de la materia objeto del contrato. Es probable que un contrato netamente administrativo sea más eficazmente resuelto a través de los tribunales administrativos y judiciales del Estado receptor de la inversión.

No obstante, si el contrato sale de la esfera natural del foro, involucrando la aplicación del derecho internacional, la garantía de contar con un foro neutral a nivel internacional puede resultar beneficioso tanto para el inversionista privado como para el Estado que quiere promover las inversiones extranjeras dentro de su territorio. Aun así, la experiencia ha demostrado que, en materia de inversiones internacionales, incluso sobre la base de un contrato, se requiere contar con un sistema que garantice el justo equilibrio entre los derechos del inversionista y el derecho a regular del Estado por razones de orden público y social.

Vale la pena recordar que es precisamente la percepción de un sistema desequilibrado en favor del inversionista lo que ha causada que varios países como Venezuela, Ecuador y Bolivia³⁰ se separen del sistema, ya sea denunciando la Convención de Washington³¹ o denunciando sus tratados de inversión,³² dejando como única vía los tribunales judiciales o administrativos del foro – y la aplicación del derecho interno, para resolver los conflictos que puedan surgir entre el Estado e inversionistas extranjeros. Estas reacciones son un claro retorno a la doctrina calvo, de acuerdo con la cual toda controversia relativa a un contrato con el Estado debe estar sometida a los tribunales del Estado, a la exclusión de toda acción internacional.³³

En resumen, únicamente un sistema que garantice el equilibrio entre las obligaciones y derechos de los diferentes actores en el sistema, así como un mayor grado de transparencia y predictibilidad, podrá ser eficiente para resolver las controversias contractuales internacionales con el Estado.

Contratos internacionales con el Estado, poder público y arbitraje internacional

Margie-Lys Jaime

* Doctora en Derecho por la Universidad de París II. Posee Maestrías en Arbitraje y comercio internacional (Universidad de Versalles, Francia), Negocios internacionales y derecho económico (Universidad de Georgetown, Washington D.C.), y en Derecho de las relaciones económicas internacionales (Universidad de París II). Es miembro del cuerpo docente de la Universidad de Panamá y se desempeña como consultora en materia de arbitraje internacional, particularmente en disputas inversionista-Estado, así como en temas de política comercial y derecho de las inversiones.

¹ Ver por ejemplo los casos “NIOC- AGIP Minería”, “NIOC - Pan American Petroleum Corporation -y NIOC- Shappire Petroleum Limited”, siendo el objeto de una nacionalización de la industria petrolera en los años 1950; “ARAMCO c. Arabia Saudita”, laudo de 23/08/1958, sobre un contrato de concesión suscrito en 1933, RCDIP, 1963, p. 272; “Baruch-Foster c. Etiopía”, laudo de 15/02/1974, referente a un contrato que data de 1966, RCADI, 1983, p. 73, con comentarios de J.F. Lalive; “AMCO c. Indonesia”, 21/11/1984, en relación a un contrato de 1968, ILM, 1985, p. 1022; JDI, 1987, p. 200, con un comentario de E. Gaillard; “AMINOIL c. Kuwait”, cuya relación contractual data de 1948, JDI, 1987, p. 869.

² El CIADI fue creado a través del Convenio sobre arreglo de diferencias a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados en la ciudad de Washington en 1965 (Convenio CIADI), entrando en vigor el 14/10/1966 cuando fue ratificado por 20 países. Actualmente cuenta con 153 países miembros; listado disponible en: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/Database-of-Member-States.aspx?tab=AtoE&rdo=CSO> (última visita 7-12-2016).

³ Informe de los Directores Ejecutivos de Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, p. 10.

⁴ H. Pazarcí, “La responsabilité des Etats à l’occasion des contrats conclu entre Etats et personnes privées étrangères”, RGDIP, 1975, p. 358.

⁵ “Texaco-Calasiatic c. Gobierno de Libia”, laudo de 19/01/1977, JDI, 1977, pp. 330-389.

⁶ P. Mayer, “La neutralisation du pouvoir normatif de l’état en matière de contrats d’état”, JDI, 1986, pp. 5, 32.

⁷ Federación Internacional de ingenieros consultores, www.fdic.org.

⁸ Este fue el caso de la disputa entre la ACP con el Grupo Unidos por el Canal durante la ampliación del Canal de Panamá. El contrato de ampliación, en su cláusula 20.6, establece entre otros términos, el recuso a un arbitraje CCI con sede en Miami, Florida.

⁹ “Aramco c. Arabia Saudita”, laudo de 23/08/1958, RCADI, 1963, p. 273.

¹⁰ Ver nota 9, pp. 273-74.

¹¹ P. Weil, “Droit international et contrats d’état”, *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 549-582.

¹² Ch. Leben, “Retour sur la notion de contrat d’état et sur le droit applicable à celui-ci”, *Mélanges offerts à Hubert Thierry. L’évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, pp. 247-280.

¹³ Artículo 42 del Convenio CIADI, reglamento y reglas, CIADI/15, abril de 2006.

¹⁴ “American independent oil (AMINOIL) c. Kuwait”, laudo 24/03/1982, JDI, 1982, pp. 869-909.

¹⁵ Para algunos comentarios ver G. Burdeau, “Droit international et contrats d’État. La sentence ‘Aminoil c/ Koweït’, de 24/03/1982”, *AFDI*, 1982, pp. 454-70; Ph. Kahn, “Contrats d’État et nationalisation: les apports de la sentence du 24/03/1982”, *JDI*, 1982, pp. 844-68; F. Mann, “The Aminoil arbitration”, *BYIL*, 1983, p. 213-21; A. Sinclair / M. Hunter, “The Aminoil revisited: reflexions on a story of changing circumstances”, en: *International investment law and arbitration, Leading cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral treaties and customary international law*, Cameron May, 2005, pp. 347-381.

¹⁶ Ver, por ejemplo, “*Société Générale de Surveillance S.A. c/ Pakistán*”, CIADI caso n° ARB/01/13, Decisión sobre la competencia de 6 de agosto de 2003, *ICSID Rev.- FILJ*, vol. 18, 2003, p. 307; *ILM*, vol. 42, 2003, p. 1290 (negando todo efecto a la cláusula paraguas al señalar que la misma no tiene por objeto “elevar” las violaciones del contrato en violaciones del tratado); contra, “*Salini Construttori SpA & Italstrade SpA c./ la Jordania*”, CIADI caso n° ARB/02/13, decisión sobre la competencia de 29/11/2004, 96, 20 *ICSID Rev.- FILJ*, 2005, p. 148; *ILM*, vol.44, 2005, p. 569; *JDI*, n° 132, 2005, p. 182 (distinguiendo entre las demandas contractuales y las demandas del tratado).

¹⁷ Así, por ejemplo, el artículo 8.10(4) del Acuerdo económico y comercial global entre Canadá y la Unión Europea (CETA) dispone: “Cuando se aplica la obligación señalada de trato justo y equitativo, un tribunal podrá tener en cuenta si una Parte hizo una representación específica a un inversor para inducir una inversión cubierta, que creó una expectativa legítima, y sobre la cual el inversor se basó para establecer o mantener la inversión cubierta, pero que posteriormente la Parte frustró” (traducción libre). Texto disponible en inglés: http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_es.htm.

¹⁸ En este sentido, el tribunal arbitral en “*L.E.S.I. Dipenta c. Algeria*”, incluso afirmó que estas cláusulas tienen por efecto transformar las violaciones de los compromisos contractuales del Estado en violaciones de esta disposición del tratado, y por consiguiente el tribunal arbitral es competente para resolver la controversia. “*Consorzio Groupement L.E.S.I. Dipenta c. Algeria*”, Caso CIADI n° ARB/03/08, decisión sobre la competencia, 10/01/2005, p. 25.

¹⁹ Ver documento de base 3 y 8 de la Conferencia de Derecho Internacional de La Haya de 1929, citados por S. Schwebel, “On whether the breach by a State of a contract with an alien is a breach of international law”, *Etudes en l’honneur de Roberto Ago*, t. III, 1987, p. 404; W. Ben Hamida, “La clause relative au respect des engagements dans les traités d’investissements”, en: *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement*, Bibliothèque de l’IHEI / LGDJ / Anthemis, pp. 53-104, pp. 70.

²⁰ UNCTAD, *Recent trends in ILAs and ISDS*, IIA Issues Note, February 2015, p.3.

²¹ Ley n° 30225 de contrataciones del Estado, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11/07/2014 y el reglamento de la ley n° 30225, Ley de contrataciones del Estado, aprobado por Decreto supremo n° 350-2015-EF; entrados en vigor el 09/01/2016, disponibles en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/ley-de-contrataciones-del-estado-y-reglamento>. Contrariamente al Perú, otros países como México han mantenido una restricción a la arbitrabilidad de la rescisión administrativa. Artículo 80 de La ley de adquisiciones, arrendamientos, y servicios del sector público, recientemente modificada el 16/01/2012. Ver igualmente el artículo 98 de la Ley de obras públicas y servicios relacionados con las mismas. Asimismo, F. González del Cossio, *Arbitraje y contratación gubernamental*, disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ARBITRAJE%20Y%20CONTRATACION%20GUBERNAMENTAL.pdf>.

Contratos internacionales con el Estado, poder público y arbitraje internacional

Margie-Lys Jaime

²² Ley n° 26850 de Contrataciones y adquisiciones del Estado (1998), modificada por la ley n° 2867 de 2004, disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_per_lc_nr_sp.pdf. Ver, asimismo, J. R. Gallardo Aguilar, “El sistema nacional de arbitraje del OSCE”, *Al Día. Revista Institucional*, OSCE, 3° ed., 2014, p. 15.

²³ Artículo 45.5 de la Ley n° 30225 de Contrataciones del Estado, *Diario Oficial El Peruano*, 11/07/2014.

²⁴ Artículo 45.10 y 45.12 de la Ley n° 30225 de Contrataciones del Estado.

²⁵ Artículo 122 (nulidad del contrato) del reglamento de la Ley n° 30225 de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo n° 350-2015-EF.

²⁶ Artículo 32 de la Ley n° 30225 de Contrataciones del Estado.

²⁷ Artículo 45.9 de la Ley n° 30225 de Contrataciones del Estado; Decreto Legislativo n° 1071, entrado en vigor el 01/09/2008.

²⁸ R. Vera Moreno / J. Gallardo Aguilar, “Los Tribunales arbitrales especiales. A propósito del rol subsidiario del OSCE en la organización y administración de arbitrajes”, *Al Día. Revista Institucional*, OSCE, 3° ed., 2014, p. 53.

²⁹ M. Castillo Freyre / R. Sabroso Minaya, *El arbitraje en la contratación pública*, Palestra Editores S.A.C., 2009.

³⁰ A. Escobar, “Bolivia Exposes ‘Critical date’ ambiguity. The ICSID Convention is ambiguous on when obligations survive exit from the treaty”, *Global Arb. Rev.*, vol. 2, n° 3, 2007, p. 18; Ch. Leathley, “Morales about to take on the Constitutional tribunal? Bolivia’s withdrawal from ICSID is to have lasting consequences, some further steps are probably required”, *Global Arb. Rev.*, vol. 2, n° 3, 2007, p. 16; S. Manciaux, “La Bolivie se retire du CIRDI”, *Rev. Arb.*, 2007, p. 351; D. Samuels, “Bolivia’s Withdrawal from ICSID happened so fast, few had time to react. Fortunately, for Investors that won’t make a Difference”, *Global Arb. Rev.*, vol. 11, 2007, p. 12.

³¹ Ver UNCTAD, “Denunciation of the ICSID Convention and BITS: Impact on Investor-State Claims”, *IIA Issues Notes*, n° 2, 2010; E. Gaillard, “The Denunciation of the ICSID Convention”, *N.Y.L.J.*, vol. 3, 2007, p. 6.

³² Por ejemplo, Ecuador denunció 8 TBI en 2008, Venezuela sus TBI con Holanda en 2008, Bolivia todos sus TBI con Estados Unidos en 2011 y Sudáfrica, en 2012. UNCTAD, “International investment policymaking in transition, international investment policymaking in transition: challenges and opportunities of treaty renewal”, *IIA Issues Notes*, n° 4, 2013, p.5, especialmente p. 3. Otra iniciativa que ha resultado de la insatisfacción en el Sistema es el Proyecto promocionado por la Unión de Naciones de América del Sur (UNASUR) creando un centro de arbitraje regional que competiría con el CIADI. Ver, S. K. Fiezzoni, “The Challenge of UNASUR Members Countries to Replace ICSID Arbitration”, *Beijing Law Review*, vol. 2, 2011, p. 134, disponible en: <http://www.SciRP.org/journal/blr>.

³³ La jurisprudencia internacional ha sin embargo rechazado el uso de cláusulas contractuales o disposiciones legislativas de tipo calvo que tengan por objeto excluir la protección diplomática ya que esta es un derecho del Estado de origen del inversionista y no de la persona privada. Ver por ejemplo, “*Inter alia S.A.*”, decisión del 18/10/1923; “*Tinoco (Aguilar-Amory & Royal Bank of Canada)*”; “*Reino Unido c./ Costa Rica, Recueil de S.A.*”, vol. I, pp. 375-399.

Resumo

Este artigo aborda os novos rumos do Direito Internacional Privado, especialmente sua abrangência em relação a alguns temas de relevo da época contemporânea. Reporta-se a nomenclatura do direito transnacional e outros conceitos relacionados, bem como a nova perspectiva da governança global. São examinadas a convergência com o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado, e as novas concepções centradas no pluralismo e nos direitos humanos. São elencados campos de estudo que se prestam ao novo enfoque, como o Direito Ambiental Internacional.

Abstract

This paper overviews the new trends in Private International Law, specially its inclusion of themes of relevance in the contemporary era. Other approaches, such as transnational law and other relevant concepts and related concepts are commented focus is given on the convergence with public international law and private international law and the new approaches based in pluralism and human rights. Some fields that are good examples of such convergence are pointed out, such as international environmental law.

Sumário

- I.** Introdução.
- II.** Novos fatores contributivos da transnacionalidade.
- III.** Direito Internacional Privado e diferentes visões sobre seu objeto de estudo.
- IV.** Relações entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado e novos rumos transnacionais.
- V.** Governança global na nova concepção do Direito Internacional Privado.
- VI.** Outros enfoques sobre governança. 1. A gênese e a articulação com outras áreas de interesse. 2. Comentários sobre algumas abordagens de governança. 3. Alguns exemplos ilustrativos.
- VII.** Conclusão*.

Novos rumos do Direito Internacional Privado

Marilda Rosado**

I. Introdução

A Reflexão sobre os novos rumos do Direito Internacional Privado é uma oportunidade de conscientização da própria trajetória, um ponto no circuito espaço temporal, um instigante passo, que nos encoraja à abertura, à não acomodação.

Por outro lado, trata-se de um exercício de humildade, de formulação de indagações e compartilhamento de pesquisas em curso, sem a pretensão de distribuir certezas.

Certamente o presente artigo presta-se ao reconhecimento de trabalhos que nos inspiram e motivaram ao longo do percurso. Estou em um bom momento para identificar nos mestres mais jovens, bem como nos inúmeros alunos-parceiros um papel que aglutina os dons de mestres e nos transmite o entusiasmo de constantes aprendizes.¹

II. Novos fatores contributivos da transnacionalidade

Já tive a oportunidade de comentar como na nova sociedade universal as principais forças produtivas² “compreendendo o capital, a tecnologia, a força de trabalho e a divisão transnacional do trabalho, ultrapassam fronteiras geográficas, históricas e culturais, multiplicando-se assim as suas formas de articulação e contradição”.³ Desde o último quarto do século passado, a vida cotidiana foi definitivamente impactada pela revolução tecnológica que elevou a velocidade e o dinamismo como valores indissociáveis das instituições sociais.⁴

O impacto da globalização sobre o arcabouço jurídico na época contemporânea se reflete exponencialmente no direito internacional privado, alterando o seu papel e dando lugar a redes de conexão mais complexas.⁵

O direito internacional privado⁶ é classicamente visto como o ramo do direito interno que regula, direta ou indiretamente, as relações privadas internacionais. Na formulação de Erik Jayme⁷ os tempos pós-modernos significam pluralidade, comunicação, velocidade, fluidez e internacionalidade das relações privadas. Dê-se destaque à pluralidade ou pluralismo: pluralidade de sujeitos de direito na sociedade atual, pluralidade de agentes no mercado, interno e global, pluralidade de vínculos obrigacionais a unir pessoas de diversos países e origens. Acrescente-se, nesta complexa teia, a pluralidade de fontes legislativas, internas e internacionais, de sistemas jurídicos e consequente pluralidade de soluções jurídicas.⁸

Dessa forma, por conta da crescente internacionalização das relações privadas, o direito internacional privado é uma ferramenta de grande utilidade para os juristas contemporâneos, pois lhes permitirá adotar uma abordagem dinâmica, pluralista e dialética na busca pela solução mais justa para as situações jurídicas multiconectadas.⁹

O fato de que os Estados deixaram de ser os únicos sujeitos de direito internacional significou de certa forma uma democratização desse direito, que

passou a atingir indivíduos, organizações e negócios.

No plano do direito internacional, dentre as fontes doutrinárias e normativas, cabe destacar os princípios que regem a Novíssima Ordem Internacional, a qual chega a formar, na época contemporânea, um novo direito transnacional ou cosmopolita, que consagra valores de boa-fé, respeito aos direitos individuais e novos balizamentos para o exercício do poder Estatal. Tal Novíssima Ordem Internacional aponta mudanças na correlação de forças com os investidores, e já apresentou também novos cenários para as empresas transnacionais e para a regulação de sua atuação, nascida a partir da década de 1970.¹⁰

A ligação entre o direito cosmopolita, que contém os princípios e as regras sobre as relações entre os Estados, as organizações internacionais, os indivíduos e as empresas no espaço supranacional não estatal¹¹ e o direito interno dos Estados é o conceito de cidadania multidimensional (constitucional, internacional e cosmopolita).¹²

O cosmopolitismo também corporifica uma percepção dos problemas em escala global, consagrado na visão holista dos direitos humanos, segundo

Marilda Rosado

Novos rumos do Direito Internacional Privado

a qual se integram as suas dimensões nacionais, internacionais e cosmopolitas- plasmando a ideia de cidadania multidimensional (constitucional, internacional e cosmopolita).¹³

III. Direito Internacional Privado e diferentes visões sobre seu objeto de estudo

Há que se recordar o ponto de partida, dando crédito ao impulso da curiosidade intelectual e acadêmica que permitiu o vislumbre da missão mais arrojada para o direito internacional privado: assim se tornou possível concepção mais ampla para o seu objeto.

As definições clássicas dos ramos do direito internacional não condizem com as particularidades da sociedade hodierna. Foi criada uma cisão histórica e epistemológica entre essas duas esferas que precisa ser superada para que haja efetiva proteção do indivíduo, promoção do bem comum e da justiça. Em inventário recente sobre a evolução do direito internacional privado brasileiro,¹⁴ registramos o posicionamento de Jacob Dolinger, que há décadas já identificava a admissibilidade da abrangência pelo Direito Internacional Privado de todas as categorias de leis, tanto de direito privado

como de público, como uma das mais interessantes e controvertidas questões suscitadas na doutrina.¹⁵

O Direito Internacional Privado, apto a acompanhar as mudanças da sociedade internacional provocadas pela fase da globalização do século XXI, enfrenta novos desafios. Embora sua finalidade seja a de prover soluções aos problemas derivados das relações privadas conectadas com mais de um ordenamento jurídico, uma vez que estas precisam de regulamentação específica pela existência do elemento de estraneidade,¹⁶ vale historiar as distintas visões sobre seu escopo que foram sendo construídas pela doutrina.

A Escola de Direito do Rio de Janeiro, na linha da escola francesa, consagra um objeto de estudo amplo e não se restringe a instituições do direito privado. A disciplina abrange a nacionalidade, a condição jurídica do estrangeiro, o conflito de jurisdições, o reconhecimento de sentenças estrangeiras e o conflito de leis, e pode abranger questões fiscais, financeiras, monetário-cambiais, penais e administrativas, que assumem aspectos internacionais e exigem que se recorra a regras e princípios do Direito Internacional Privado.¹⁷

Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso atentam para a onipresença da dignidade da pessoa humana no discurso transnacional, no direito contemporâneo e no Direito Internacional. Como afirma Barroso, “a dignidade humana tornou-se um conceito central e recorrente na fundamentação de decisões de cortes constitucionais e tribunais superiores de todo o mundo”.¹⁸ A preocupação com a “dignidade da pessoa humana” e o próprio termo vêm sendo inseridos em inúmeros tratados e declarações que são aplicados por cortes internacionais.¹⁹

Nos últimos anos, cortes e tribunais constitucionais de todo o mundo começaram a se engajar em um crescente diálogo constitucional envolvendo citação mútua, intercâmbio acadêmico e organização de fóruns públicos como a Comissão de Veneza. Dois fatores têm contribuído para o aprofundamento desse processo. Em primeiro lugar, os países onde o Estado de direito foi instaurado mais recentemente se espalham, com frequência, na experiência de democracias mais sedimentadas. Nas últimas décadas, ondas de democratização alcançaram diversas partes do mundo (...). O segundo fator envolve o compartilhamento de experiências entre as democracias mais maduras e tradicionais. Sociedades

plurais e altamente complexas se deparam com desafios em áreas que vão da segurança nacional até questões religiosas, raciais e sexuais. Decisões judiciais estrangeiras podem oferecer novas informações e perspectivas, e também ajudar na construção de consensos.²⁰

A doutrina nacional contemporânea também partilha dessa ideia, como se lê em Cláudia Lima Marques²¹ para quem o Direito Internacional Privado “em plena pós-modernidade, é um ramo misto do direito, tendo em vista a sua atual pluralidade de métodos, de normas de Direito Internacional Privado e o fim das barreiras claras entre os ramos do Direito Privado e do Direito Público”.

Celso Duvivier de Albuquerque Mello, dentre os doutrinadores brasileiros, destacou-se por sua visão crítica, que permitiu a construção do conceito de Direito Internacional do Desenvolvimento. Tendo em vista a não correspondência da formulação clássica do Direito Internacional Público com os dias atuais, a sua revisão foi mandatária para torna-lo mais efetivo.²²

Paulo Borba Casella aponta como um dos dados da pós-modernidade a “privatização do Direito Internacional”.²³

Marilda Rosado

Novos rumos do Direito Internacional Privado

Outro fator digno de realce na complexidade da sociedade internacional é a multiplicação qualitativa e quantitativa de novos atores no cenário mundial, como organizações intergovernamentais, organizações não governamentais, empresas multinacionais e indivíduos.²⁴ Por conseguinte, o desafio do direito Internacional no século XXI é buscar a efetividade e operacionalidade de seus meios para atingir os fins aos quais se destina.²⁵

Nádia de Araujo, por sua vez, sempre incentivou a adequação do Direito Internacional Privado ao paradigma dos Direitos Humanos, em sua nova centralidade no ordenamento jurídico brasileiro.²⁶

IV. Relações entre o direito internacional público e o direito internacional privado e novos rumos transnacionais

Philip Jessup foi um dos primeiros autores a sustentar que devido à crescente complexidade das relações jurídicas no cenário mundial, era preciso superar o hiato hermenêutico e epistemológico estabelecido entre os ramos do direito internacional, utilizando então a expressão direito transnacional “para incluir todas as normas que

regulam atos ou fatos que transcendem as fronteiras nacionais. Tanto o direito público quanto o direito privado estão compreendidos, como estão outras normas que não se enquadram nessas categorias clássicas”.²⁷

Conclusão semelhante foi a de Andreas Lowenfeld²⁸ durante curso proferido na Academia de Haia, onde, desejando superar a tradição bidimensionalista do ensino do direito internacional, defendeu que a convergência não mais se baseava em projeções doutrinárias, pois do seu ponto de vista já era realidade palpável:

But why is that two branches – a private and a public one – have grown from the same tree of international law? And why is that those two branches have had so little in common? Why are the teaching and the learning, the practice of the States, and the decisions of courts so different in the law of international conflicts than in the international conflict of laws?

(...) My thesis is that public international law has been too rigid, too rule-orientated, and therefore too abstract, in part because it has been insulated from the more flexible, approach-oriented developments of private international law. On the other hand, while modern private international law (or conflict of laws), has applied increased sophistication

to the solution of wholly private disputes, it has shied away behind ancient slogans reflecting a hostility to or fear of governmental action that seems quite out of place in the second half of the twentieth century.

O direito transnacional se retroalimenta da crescente interação entre o interno e o internacional, operando em diversos setores para promover a conjugação dos chamados “novos atores” do sistema internacional e assim alcançar objetivos em comum. A constatação da transnacionalidade das relações jurídicas demonstra a reconfiguração dos padrões clássicos às necessidades sociais contemporâneas, suplantando a forçosa separação entre os ramos do Direito Internacional.²⁹

O marco para essa nova aproximação entre direito internacional público e direito internacional privado é o resgate do ser humano como destinatário último das relações jurídicas que transcendam as fronteiras geográficas.³⁰

Este novo direito internacional que se consagra para o Terceiro Milênio passou por um processo de humanização e revela agora sua vocação verdadeiramente democrática e pluralista, na medida em que não se dirige somente aos Estados soberanos, mas se projeta principalmente em função

dos indivíduos da espécie humana, e, conseqüentemente, suas realizações no cunho da vida social como as organizações e negócios transnacionais.³¹

A fase da globalização no novo século XXI, também nomeada de pós-modernidade por alguns autores, é caracterizada pela pluralidade de sujeitos, vínculos e fontes legislativas.³² A caracterização de um direito internacional pós-moderno no contexto cultural e temporal presentes, com a determinação de seu conteúdo e de seu papel, é feita por Paulo Borba Casella em uma visão sistêmica e relacional do direito internacional, abrangendo também a convergência do plano internacional com os planos internos.³³

Diego Fernández Arroyo sinaliza diversas outras características marcantes do século XXI: cite-se a uniformização das regras do comércio internacional. Nesse particular, a Organização Mundial do Comércio teve papel fundamental, com o correlato fortalecimento da dimensão transfronteiriça do comércio, dos fluxos de investimento, dos mercados financeiros e dos esquemas de organização produtiva.³⁴

Nota-se, também, a perda da influência do poder estatal, que teve seu poder decisório, funções e capacidades

Marilda Rosado

Novos rumos do Direito Internacional Privado

limitados em processo de reformulação contínua. Embora os Estados ainda sejam atores com papel proeminente na economia global, percebe-se a redução do controle que possuem de determinadas dinâmicas mundiais e o aumento do poder de outros atores que atuam na esfera global, como organizações internacionais e empresas multinacionais.³⁵

O Direito Internacional Público, em sua forma clássica, era considerado como a disciplina que estuda o sistema de regras, princípios e costumes que regulam as relações entre os Estados.³⁶ Os demais sujeitos de direito internacional, indivíduos e organizações internacionais, eram ignorados nesse conceito³⁷ que se apresentava rígido e abstrato demais.³⁸

Para os que consideram que o direito internacional privado tem seu conteúdo restrito às questões privadas internacionais, rejeitando demandas que envolviam elementos públicos, há resistência e o receio de lidar com interpretação de ações governamentais.³⁹ O reconhecimento da intrínseca relação entre as esferas pública e privada também no âmbito do direito internacional encontra agora mais aceitação na doutrina.

Diego Fernández Arroyo expõe as mudanças contemporâneas que o ramo privado do direito internacional vem sofrendo e propõe a criação de novas ferramentas da disciplina para a proteção da pessoa humana. Fernández Arroyo trata também do acesso à justiça às vítimas de violações de direitos humanos, abordando as técnicas do *forum non conveniens* e *forum necessitatis*.⁴⁰

Critica-se, nesse contexto, a separação artificial entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado. Desde as últimas décadas do século XX, quando a preocupação com os direitos humanos passou a ser encampada pelo direito internacional, os indivíduos se tornaram mais protegidos contra os excessos do poder público, no âmbito interno e na internacional. No entanto, segundo parte da doutrina, por conta dos pressupostos da concepção clássica da soberania, os reflexos não se fizeram sentir na mesma proporção no direito interno e nas fontes do direito internacional privado. Permitiu-se uma lacuna que gerou um “empoderamento” dos atores privados transnacionais, que detêm diversos direitos, mas não possuem deveres na mesma proporção.⁴¹

Infere-se a crescente ampliação e convergência desses dois domínios

jurídicos em uma única ordem jurídica. Conforme defende Gonzalo Martín, busca-se estabelecer uma ordem jurídica internacional que abarque o público e o privado e dê a devida importância aos direitos humanos no direito geral.⁴²

Diversos autores consideram que o direito Internacional é hoje “transnacional por excelência” e que é a base de normas provenientes de atores transnacionais. Percebe-se que o direito transnacional atua em prol da emergência do indivíduo no direito internacional e de uma nova *lex mercatoria* constituída por normas jurídicas transnacionais que governem a conduta dos agentes econômicos públicos ou privados.⁴³

V. Governança global na nova concepção do Direito Internacional Privado

Alguns autores estudados em nossos grupos de discussão acadêmica⁴⁴ defendem instigantes ideias quanto ao papel a ser exercido pelo “Direito Internacional- uma verdadeira ‘função planetária’, além da cisão histórica” entre os seus ramos público e privado. Um desafio maior seria o enfrentamento da complexa questão do poder privado transnacional.⁴⁵ Entre outras demandas, nota-se o requerimento do

reconhecimento do pluralismo jurídico, apesar das questões de legitimidade relacionadas.⁴⁶

Além disso, quanto à relação entre os direitos humanos e o Direito Internacional Privado, requer-se que haja uma confluência entre ambos, através da redefinição do conceito clássico de territorialidade proveniente da divisão entre os ramos público e privado do Direito Internacional.⁴⁷ Por fim, o Direito Internacional Privado pode contribuir no enfrentamento do poder privado informal ao reincorporar o global na disciplina e construir uma ponte com o local, conectando os standards universais às circunstâncias locais.⁴⁸

Ralf Michaels nota que a situação por vezes referida como crise de governabilidade se tornou clara. Nesta, as ideias tradicionais sobre regulação focadas na regulação direta estatal não funcionavam. Sob o aspecto normativo, era desejável focar em reformas mais amplas do que apenas naquelas das instituições estatais. A governança, então, proveu uma alternativa ao governo por ser mais abrangente e incluir, além dos Estados, atores não estatais e ferramentas adicionais àquelas impostas em uma regulação de cima para baixo.⁴⁹

Marilda Rosado

Novos rumos do Direito Internacional Privado

Michaels defende uma governança que transcenda a distinção entre as normas estatais e não estatais e que permita a implementação da governança além de uma eventual dicotomia estatal/não estatal. O autor critica a concepção da governança não estatal, que pode ter sido importante para superar a ideia de que toda norma é estatal, mas que, por outro lado, por se constituir da negação de uma ideia, não possui potencial construtivo. A governança à qual se deve atentar positivamente é a “governança além do Estado”, que transcende as mencionadas barreiras e busca um sistema global funcionalmente diferente.⁵⁰

Nesse contexto, a nova concepção do Direito Internacional Privado, na qual se insere a governança global, deve criar e aplicar ferramentas para proteger o indivíduo, sua dignidade e identidade cultural face aos fenômenos da globalização e à mundialização do comércio, na sociedade multicultural atual.⁵¹

No entanto, no cenário de criação de políticas fora da esfera da soberania estatal, o Direito Internacional Privado tem demonstrado certa relutância em revisar as premissas epistemológicas e metodológicas das categorias jurídicas

westfalianas.⁵² A disciplina deveria cuidar dos processos de fragmentação e privatização da normatividade, disciplinando o exercício do poder privado na economia global, uma vez que busca a justiça dos conflitos⁵³ e a proteção da dignidade da pessoa humana.

Dentre as posições mais críticas cite-se Horatia Muir Watt, que sustenta ter o Direito Internacional Privado as ferramentas necessárias para o enfrentamento do desafio da desordem global das ordens normativas, pois permite coordenar diferentes autoridades, promover o pluralismo jurídico e estabelecer conexões. Para a autora, o que impede a ação mais efetiva da disciplina, afastando-a da proteção de valores coletivos e bens públicos, é a permanência da cisão histórica entre ela e o Direito Internacional Público.⁵⁴

Enquanto a política interestatal é o objeto exclusivo do ramo público do Direito Internacional, o Direito Internacional Privado ainda lida com a normatização puramente doméstica da economia entre os particulares.⁵⁵ Assim, segundo seu entendimento, a disciplina iusprivatista acaba ignorando os abusos do poder privado e autolimitando o seu alcance no cenário global.⁵⁶

A globalização se reflete positivamente na percepção de que a atuação local não deve ser desconectada de um pensamento global, conscientizando-se da universalidade e transcendência de fronteiras de inúmeras questões relevantes,⁵⁷ como o meio ambiente, o acesso a alimentos, os direitos humanos, e também a regulação do mercado financeiro, uma vez que crises internacionais e injustiças sociais podem assolar grande parte da sociedade internacional. Deve, assim, o direito internacional privado reafirmar sua vocação para a dimensão planetária sem deixar de lado seu enfoque local.⁵⁸

Conforme James Rosenau, da perspectiva da fragmentação, há distinções evidentes entre assuntos estrangeiros e internos no mundo, o que resulta na possibilidade de os desafios globais repercutirem em pequenas comunidades e de os problemas locais se tornarem transnacionais. A carência de padrões globais permanece no sistema internacional.⁵⁹

Por esse motivo, a nova concepção global do direito internacional privado deve envolver modificações de seus pressupostos. É imperiosa a atualização do discurso “nacionalista” e o reconhecimento da elaboração de normas privadas de direito internacional

por sistemas de integração supranacionais ou intergovernamentais. Os Estados membros de espaços integrados cedem parte de suas soberanias⁶⁰ e, no cenário internacional contemporâneo, configura-se a emergência de normas substantivas não estatais que reivindicam a normatividade sobre questões que transcendem fronteiras.⁶¹ Na pluralidade jurídica, normas são elaboradas não só por autoridades estatais, mas também por outros atores que atuam além das fronteiras dos Estados.

Nessa conjuntura, as esferas de autoridade chamam a atenção para as inúmeras áreas nas quais diferentes atores interagem hierarquicamente. Enquanto em algumas esferas, os Estados e as organizações intergovernamentais são os atores prioritários, em outras, os Estados são atores secundários em relação a determinadas empresas transnacionais, organizações não governamentais, sociedades profissionais, minorias étnicas, entre outros agentes da mudança na esfera global.⁶²

Além disso, as situações privadas internacionais devem ser distinguidas. Se, por um lado, há a mitigação da multiplicidade de ordenamentos pela elaboração de normas comuns por sistemas de integração, por outro, há o grande aumento dos fatos e relações

Marilda Rosado

Novos rumos do Direito Internacional Privado

jurídicas multiconectados. Articula-se a criação de diretrizes comunitárias para os sistemas de direito internacional privado nacionais através dos órgãos de integração e a progressiva elaboração de um direito internacional privado comum.⁶³

VI. Outros enfoques sobre Governança

Existe uma cadeia lógica ligando o Direito Internacional Público, o Direito do Desenvolvimento, o Direito Internacional Econômico, o Direito do Comércio Internacional, em um nível mais superior, ao direito dos investimentos e ao direito do petróleo, pela natureza do próprio tema do petróleo, tão polivalente e multifacetado, pude inicialmente entrever a riqueza do direito dos investimentos.⁶⁴ O ano de 2014 foi um momento de inflexão nessas pesquisas, quando tive a oportunidade de conduzir estudos de pós doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Sciences Po, na França, sob a orientação do prof. Diego P. Fernández Arroyo, que ali atua como co- diretor do Centro de Governança Global. O trabalho empreendido naquele centro de excelência está em um processo de irradiação e inter-relacionamento com tantos centros de pesquisa no exterior,

e a produção acadêmica tem sido tão intensa, que este trabalho nem pode pretender fazer um inventário completo da abrangente temática. Reportando-me à recente obra coletiva⁶⁵ por ele organizada em parceria com a profa. Horatia Muir Watt, posso apenas citar as vertentes ali focalizadas: o desafio epistemológico, que inclui, entre outros temas: (a) uma nova visão do direito comparado e da política e técnica do direito Internacional privado em uma abordagem pós-crítica;(b) uma crítica política da homogeneização; (c) uma busca de legitimidade. O comentário de temas ali aprofundados extrapolaria o âmbito destas reflexões, mas já nos encoraja à continuidade do processo de engajamento nestes estudos.

1. A gênese e a articulação com outras áreas de interesse

Os estudos na área de Direito do Petróleo, na verdade, se articulavam com outras áreas já tradicionais na UERJ, principalmente sob o viés da convergência entre Direito Público e Privado. Essa é uma característica já tradicional no Direito Internacional Econômico. Alguns alunos, de tempos em tempos, foram retomando a interface com o tema do direito do desenvolvimento e expandindo as linhas de pesquisa das esferas internacional e interna. A área

do petróleo, em particular, é marcada por esses contrapontos, os quais são bastante examinados pelos autores, sempre tendo como pano de fundo essa preocupação com o investimento. E aqui se observa que o interesse dos investidores se notabiliza pela intensidade e pela velocidade para acessar os recursos e desenvolver as reservas de hidrocarbonetos, pagando-se pelo risco assumido. Esses interesses podem entrar em descompasso com o que o Estado procura preservar e com a defesa de uma exploração econômica mais racional, voltada para a manutenção destes recursos a longo prazo.

Então, nessas análises de riscos que os investidores fazem, há uma perspectiva interdisciplinar na qual a informação jurídica se articula com outras informações tecnológicas, econômico-financeiras, políticas, ambientais, isto é, com dados gerais do negócio. De modo que quem milita nesta área acaba tendo uma visão interdisciplinar da questão do investimento.

Na verdade, a minha vivência nesse tema do direito internacional dos investimentos, motivada tanto pela vida profissional, como pela complementação acadêmica, articulava-se com essa visão de outras áreas em que se fazem análises de riscos com vistas à

estabilidade dos aspectos regulatórios do mercado de Petróleo & Gás, em paralelo à estruturação de uma política de desenvolvimento sustentável. Daí a migração para um espectro de interesses englobando o direito administrativo e o direito constitucional. Um exemplo dessa análise de risco, que, em matéria de investimento, às vezes, extrapola e muito o próprio controle da esfera governamental, se dá com o caso da corrupção existente em alguns países alvo. Ela pode se tornar generalizada a ponto de significar a ruptura dos contratos, em um ambiente de insegurança nos negócios e de ausência de uma cultura de compromisso contratual.

Em termos doutrinários, o fenômeno hodierno do Direito Internacional dos investimentos padece de uma fragmentação formal, caracterizada pela dispersão espacial dos regimes de regulação e pela existência de instrumentos normativos com alcances distintos. A isso se contrapõe uma multilateralização material. As disposições materiais costumam ser semelhantes, a interpretação dos princípios tende a ser uniforme e existe uma produção normativa judicante. As últimas décadas marcaram a celebração de milhares desses tratados, e os casos de arbitragem, agora, na fase de

Marilda Rosado

Novos rumos do Direito Internacional Privado

governança, estão sendo estudados com um enfoque bastante enriquecido.

Nos momentos iniciais, nesses grupos de pesquisa, nós fizemos um reconhecimento desse tema, da conceituação, dos conceitos relevantes. Com a criação desse direito material mais ou menos espontâneo, no aspecto dos *standards*, nós fomos compreendendo essa dinâmica e essa doutrina que foi se criando. Em síntese, temos que o conjunto de *standards* do Direito Internacional Econômico, com seus princípios e regras específicas, acabam se incorporando eventualmente nas leis do Estado hospedeiro. Isso dá origem a um direito material espontaneamente uniformizado, matizado pelo: (i) respeito à lei interna do Estado hospedeiro; (ii) pela vedação do tratamento do investidor estrangeiro abaixo do mínimo exigido no âmbito internacional; e (iii) pela possibilidade de medidas de expropriação. O regime jurídico, nesses casos, pode ser estabelecido mais especificamente em um acordo internacional de investimento.⁶⁶

A nossa obra coletiva sobre o Direito Internacional dos investimentos,⁶⁷ a qual tentou colocar as discussões que estávamos empreendendo aqui no Brasil no estado da arte. É preciso reconhecer que talvez tenhamos começado

a estudar esse assunto com certo atraso, já que no cenário internacional o tema estava mais desenvolvido. Isso, em certa medida, é explicado pelo fato de que o Brasil não era signatário desses tratados de investimentos.

Alguns desses objetivos, podem ser resumidos nos seguintes tópicos: (i) proteção dos investidores estrangeiros, tratamento de nação mais favorecida, estabelecimento de um fórum arbitral; (ii) mecanismo de solução de controvérsias descentralizado e autônomo; (iii) convergência entre público e privado; (iv) cidadania multidimensional; (v) *adjudicative law-making*.

Das percepções que fomos obtendo com esses estudos, uma é bem interessante por ser uma tônica que sempre retorna nos nossos grupos, que é a convergência entre o público e o privado e o conceito dessa cidadania multidimensional. Um exemplo das interfaces que outros alunos captaram com esse tema dos investimentos⁶⁸ foi a ligação entre o tema do direito dos investimentos e o comércio internacional. Desde a tentativa de reconstrução da economia mundial, em 1994, com Bretton Woods, instituições mundiais de cooperação internacional, como a ONU e o FMI, têm trabalhado para a proteção ao investimento estrangeiro.

Isso se materializa na diminuição do risco político de nacionalizações; na busca pelo aumento da eficiência; na diminuição do fluxo de investimentos diretos sem que haja uma regulamentação harmonizada. Teríamos outros vários temas interessantes; e essa é que é a riqueza do nosso trabalho, pois eu venho acompanhando o interesse que conseguimos despertar nas motivações e na experiência de cada um dos nossos pós-graduandos, bem como vendo a direção instigante que a pesquisa de cada um deles acaba tomando.⁶⁹

Note-se a identificação crescente com temas de direito administrativo uma preocupação fundamental com a confiança legítima, com a estabilidade e efetividade política regulatória. Esses são temas recorrentes nos trabalhos de doutrina que tivemos a oportunidade de estudar em conjunto com outros alunos.⁷⁰

2. Comentários sobre algumas abordagens de governança

O tema da governança global foi se revelando extremamente conectado ao que estávamos debatendo em nossas pesquisas. O fenômeno da governança global tem se caracterizado pela emergência de regras substantivas não estatais que pretendem configurar

normatividade em foros (origem) ou em temas (alcance) além do Estado. A governança é marcada pelo estabelecimento de padrões (standards) em áreas especializadas, com o empoderamento de atores privados (corporações), por combinação de escolha da lei aplicável e da arbitragem. A “governança” não se confunde com “governo”, pois significa um sistema de regras, papéis e relações complexo, porém menos formalizado, que define as práticas sociais de atores estatais ou não.⁷¹ Dentre os autores que se destacam nesse domínio, vale mencionar Maurice Kamto e Eyal Benveniste, bem como Fabrizio Cafaggi (*The Foundations of Transnational Private Regulation*); Ralf Michaels (*The Mirage of Non State Governance*); e David Vogel (*The Private Regulation of Global Corporate Conduct*), cujas obras ainda estamos analisando em mais profundidade.

Para Fabrizio Caffagi, a regulação privada transnacional se constitui em um novo corpo de processos, normas e práticas, criadas principalmente por atores privados, organizações não governamentais (ONGs), especialistas independentes como comunidades epistêmicas e normatizadores técnicos, e empresas multinacionais. A regulação compreende ainda o exercício autônomo do poder regulamentar e

Marilda Rosado

Novos rumos do Direito Internacional Privado

a implementação do poder delegado, conferido pela legislação interna ou pelo Direito Internacional.⁷²

*Its recent growth reflects (A) a reallocation of regulatory power from the domestic to the global sphere and (B) a redistribution between public and private regulators. When in place, TPR produces strong distributive effects both among private actors and between them and nation states. It differs both from global public regulation and from conventional forms of private rule-making identifiable with the law merchant. The main differences concern both actors and effects.*⁷³

A perda do poder das autoridades estatais, a decomposição de fronteiras em diversos campos da atividade humana, a proliferação das organizações não governamentais e das comunidades globais são apenas algumas das características dos tempos atuais que demonstram a insuficiência da forma de pensar o governo⁷⁴ e das definições clássicas dos ramos do Direito Internacional.

Segundo Karsten Nowrot, no contexto de realização dos bens públicos globais, o aparato regulatório da governança global se vale das normas de Direito Internacional e seus valores fundantes e objetivos, de modo a aumentar a sua legitimidade.⁷⁵ Ademais,

o autor verifica que o direito Internacional passa por profundas mudanças e transforma-se em algo inteiramente novo, principalmente pela crescente diversidade no processo de criação de normas no sistema internacional, em que as distinções entre *hard law* e *soft law* estão cada vez mais difusas e há uma importância cada vez maior dos atores não-nacionais no processo de criação de normas internacionais.⁷⁶ É o caso, já apontado, das ONG's e das empresas transnacionais, sem falar nas organizações internacionais.

Há outra abordagem que merece registro quanto à relação entre governança global e direito internacional privado contemporâneo. A governança global é vista como um desafio ao direito internacional, as preocupações atuais, nesse campo, relacionam-se, exemplificativamente, com responsabilidade social das empresas, quando atuam em países em desenvolvimento; livre movimentação dos trabalhadores; sequestro internacional de crianças; e casamento de pessoas do mesmo sexo. Trata-se de um campo regulatório muito vasto e, no qual, não é mais possível, segundo Laura Pinero e Xandra Kramer estabelecer uma linha divisória entre ordenamento privado e regulação pública. Outro aspecto enfatizado pelas mesmas autoras, para

evidenciar a interconexão entre governança global e direito internacional privado seria o fato de os operadores do Direito Internacional Privado precisarem enfrentar questões no âmbito do direito empresarial, dos direitos humanos e do direito ambiental, com litígios característicos deste mundo globalmente conectado e multipolar.⁷⁷

Alex Mills sustenta que o Direito Internacional Privado constitui uma forma de ordenamento público internacional ou governança global, o que seria demonstrado com os desdobramentos ocorridos na União Européia, nos Estados Unidos e no Canadá, em tempos mais recentes.⁷⁸

A emergência de uma perspectiva pública no Direito Internacional Privado, possibilita o transplante do plano regional da União Européia para o plano global. Dessa forma, para o problema da hierarquia – a questão da complexidade na relação entre o nível federal e o internacional –, existiria a solução da geometria variável. Para o problema da heterarquia – ausência de estruturas institucionais comparáveis àquelas dos sistemas federais –, haveria a solução da governança entre pares.⁷⁹

Entende Mills que o direito internacional tem a ver com a justa distribuição da

autoridade regulatória, ou seja, trata das regras secundárias, lidando com poderes de determinação, não com regras primárias, que resolvem a disputa em si.⁸⁰ O direito internacional privado, apesar de ser parte da lei nacional constitui uma forma de ordenamento público internacional ou governança global.⁸¹

O paralelo é traçado com a regulação atualmente existente na União Européia, de modo que o direito internacional privado funciona como uma técnica especializada de coordenação legal, no seio daquela ordem jurídica. Tal regulação é importante, não somente pela mudança das fontes no Direito Internacional Privado, mas, pela própria transformação em sua natureza, porque ele serve, claramente para essa função de ordenamento público, alocando autoridade regulatória entre Estados-membros, a serviço do mercado interno. Ainda segundo Mills, se processa uma redescoberta da função original das regras de Direito Internacional Privado.⁸²

Dentre tantos juristas brilhantes da nova geração da UERJ, vale citar um participante de um dos primeiros grupos de pesquisa sobre governança, Luis Eduardo Bianchi Cerqueira que a partir de um panorama de algumas posições sobre possíveis relações existentes

Marilda Rosado

Novos rumos do Direito Internacional Privado

entre o direito internacional e a governança global, conseguiu arriscar uma visão crítica, sobretudo com base no pensamento de Koskenniemi.⁸³

Koskenniemi afirma que se dá a desformalização, que é, exatamente, a transferência do poder de decidir do legislador para o burocrata, agravado pelo processo de fragmentação, em vários ramos, que ocasiona a transferência de poder para peritos técnicos, em corpos especializados, que os administram.⁸⁴

Nessa visão crítica, o direito internacional é muito mais do que um mero instrumento da governança global. Muito embora essa crítica esteja situada no âmbito do direito internacional público, como a divisão anteriormente existente não está mais presente, não faz mais sentido, essa crítica pode muito bem estender-se ao direito internacional privado, em sua abordagem sob a perspectiva da governança global.

3. Alguns exemplos ilustrativos

Os trabalhos recentemente desenvolvidos sob minha orientação na Faculdade de Direito da UERJ BEM ilustram temas para os quais a ótica internacionalista deve superar a linha divisória, pois ali convergem o público e o privado.⁸⁵

Ademais, foram inúmeras para mim valiosas obras em coautoria com os jovens pesquisadores, todas consagrando essa tendência a buscar transcender as limitações auto-impostas por essa cisão entre o público e o privado. Não seria viável no âmbito do presente artigo discurrir sobre cada uma das vertentes pesquisadas. Por conseguinte, entre tantos escolhemos o Direito Ambiental Internacional, que por sua vez comporta subtemas como a cooperação internacional, que reforçam a apontada simbiose e pluralidade de atores e processos.⁸⁶

A preocupação com o meio ambiente pode ser mais um fator de aglutinação de forças, se considerarmos a atuação dos indivíduos, das empresas e dos Estados, em articulação com os interesses da sociedade internacional. Não é sem razão que Norberto Bobbio inclui o direito de viver em um ambiente não poluído como um direito humano, historicamente situado, por ele considerado o mais importante dos direitos de terceira geração.⁸⁷ Esses direitos, segundo Bobbio, podem ser ainda uma categoria heterogênea e vaga que sequer poderia ter sido imaginada quando foram propostos os direitos de segunda geração (os denominados direitos sociais), mas que deve ser entendida com aquela visão

crítica que percebe a ambiguidade que pode ocultar a linguagem jurídica: de um lado está o direito reivindicado e de outro o direito reconhecido e protegido. A proclamação dos direitos pode ter, no primeiro caso, não somente a expressão de uma aspiração, mas uma grande função prática, que é dar uma força particular a essas aspirações.⁸⁸

A questão da cooperação internacional é fundamental para viabilização da proteção ao meio ambiente. Aprendemos com Guido Soares que: (...) qualquer tentativa normativa de proteção ao meio ambiente, tomando como referencial o ser humano, só poderá ser eficaz, seja no plano interno dos Estados, seja no âmbito internacional, se basear-se em uma cooperação internacional entre pessoas submetidas à jurisdição dos Estados e entre os próprios Estados.⁸⁹

Para Guido Soares a cooperação internacional em matéria ambiental resultou da evolução das normas ambientais, que evoluíram de um enunciado proibitivo, para o sentido de prevenção do dano, assunção de responsabilidades e assistência recíproca em caso de emergências e acidentes. Gradativamente passaram a prevalecer no cenário internacional as regras mandatórias, que ensejam a cooperação entre os agentes.⁹⁰

Não há que se falar em atividade econômica poluidora sem lembrar o tema das empresas transnacionais, especialmente as responsáveis por grandes projetos de mineração e exploração e produção de petróleo, historicamente consideradas as grandes vilãs, em matéria de poluição ambiental. No último século estas passaram a ser cobradas pela contínua melhoria de sua performance. A análise do quadro jurídico que afeta as atividades desses agentes envolve não somente a regulação internacional, nacional, regional/estadual, mas também a assim denominada “*soft law*”. Esta pode ser considerada um conjunto de instrumentos não vinculantes, tais como declarações de conferências e diretrizes de governos e companhias. Este conjunto pode vir a constituir um *standard* de performance cobrado das empresas.⁹¹

Para que se vislumbre o papel da sociedade civil nessa cobrança de performance ambiental por parte das transnacionais há que se dedicar algum esforço à compreensão do papel das Organizações Não-Governamentais na articulação e representação dos interesses das comunidades locais e seu crescente papel no cenário internacional.⁹²

Marilda Rosado

Novos rumos do Direito Internacional Privado

Outro exemplo dessa tendência está presente no desenvolvimento e consolidação dos diferentes sistemas de governança da água doce presente nas bacias hidrográficas e nos aquíferos transfronteiriços. Nesse contexto, a cooperação internacional representa ferramenta estratégica para a promoção do desenvolvimento sustentável das diversas regiões do planeta. Tal cooperação, que é corolário do Direito Internacional, deve funcionar como princípio abrangente da governança da água doce, de maneira a facilitar a interação sinérgica entre seus níveis (locais, nacionais, de bacias, e o global) e contribuir para a promoção do direito humano à água doce de maneira a garantir que este seja verdadeiramente, universal, equitativo, contribuindo para a sustentabilidade numa perspectiva inter-geracional de continuidade quantitativa e qualitativa dos recursos hídricos mundiais.⁹³

VII. Conclusão

Nas considerações finais deste artigo vale citar mais uma vez Jacob Dolinger, quando realçava que a admissibilidade da abrangência pelo Direito Internacional Privado de todas as categorias

de leis, tanto de Direito Privado como de Público, como uma das mais interessantes e controvertidas questões suscitadas na doutrina.

Deste ponto de partida pudemos acompanhar a evolução de pensadores contemporâneos que desenvolveram um aparato conceitual para fazer frente aos desafios que se impõem aos internacionalistas: adotar uma visão integrada, transnacional, que permita a reflexão sobre as candentes questões de nossa era.

Atendendo ao clamor pelo respeito aos direitos humanos em uma realidade pluralista e um mundo fragmentado, quando os refugiados e as levadas de imigrantes e trabalhadores ilegais desafiam soluções formalistas e conformistas, as contribuições de autores como Diego Fernández Arroyo e Erik Jayme e agora Horatia Muir Watt e outros citados nos permitem chegar a um novo patamar de reflexão sobre o objeto do Direito Internacional Privado. Nunca é demais afirmar a importância da cooperação internacional em todos os níveis. Ainda há, entretanto, um longo caminho a percorrer.

* A autora agradece a colaboração em trabalhos anteriores de diversos alunos da pós-graduação da UERJ, em especial às discussões ocorridas nas turmas da disciplina direito internacional privado contemporâneo e fichamento de textos feitos pelos alunos, especialmente às turmas de 2014.2 e 2015.1. Nesta última, como resultado parcial, foram produzidos diversos artigos para a obra publicada por ocasião do SLADI, cite-se, especialmente, I. Benevides / R. Rocha. “O Direito Internacional Contemporâneo no Cenário Globalizado: Fatores de Convergência entre o Público e o Privado”, en: A.C. Pereira / W. Menezes, *Direito e relações Internacionais na América Latina*, Belo Horizonte, Arraes, ed. 2015, pp. 346 a 358.

** Doutora em Direito internacional pela USP e Professora Associada de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito na Universidade do UERJ.

¹ Presto a minha homenagem, simbolizando um novo *turning point*, ao prof. Diego P. Fernández Arroyo, que aceitou supervisionar os meus estudos de doutoramento da Faculté de Droit de l'Université Science Po e com leveza e fino senso de humor nos ajuda a desbravar este cenário de estudos sobre a Governança Internacional.

² Ver M. Rosado De Sá Ribeiro / B. Almeida, “A Cinemática Jurídica Global: Conteúdo Do Direito Internacional Privado Contemporâneo”, *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, vol. 1, nº 20, 2011; M. Rosado De Sá Ribeiro, *Direito dos Investimentos e Petróleo*.

³ Ianni, 1997, p. 10, citado em C. Brandão, “Concorrência e Desenvolvimento em Países Periféricos” en: W. Barral / L.O. Pimentel, *Teoria Jurídica e Desenvolvimento*, Florianópolis, Boiteux, 2006.

⁴ M. de Castells, *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*, vol. III, Fim de Milênio, Rio Janeiro, Paz e Terra, 1999.

⁵ E. von Benda-Beckmann / K. von Benda-Beckmann / A. GRIFFTHS (orgs.), *Mobile People, Mobile Law. Expanding Legal Relationships in a Contracting World*, Hants, Ashgate, 2005, p. 2.

⁶ J. Dolinger ensina que muito embora o termo “Direito intersistemático” empregado por Arminjon seja tecnicamente mais correto, o uso do termo “Direito Internacional Privado” deve ser mantido, até mesmo por fins didáticos, tendo em vista que sua consagração facilita constatar as contradições que ele implica. J. Dolinger, *Direito Internacional Privado – Parte Geral*, Rio de Janeiro, Renovar, 9º ed., 2008, p. 8.

⁷ E. Jayme, *Le Droit International Prive du nouveau millenaire: le droit internationale posmoderne*, citado em C. Lima Marques, “Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado”, en: *Novas perspectivas do Direito Internacional Privado Contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

⁸ C. Lima Marques, “Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado” (nota 7), pp. 329-330.

⁹ C. Lima Marques (nota 7), pp.321-322.

¹⁰ T. Friedman, *World is Flat – A Brief History of the Twenty First Century*. New York, Farrar / Straus and Giroux, 2005.

¹¹ R.L. Torres, “A Afirmação do direito cosmopolita”, em *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 924.

¹² R.L. Torres (nota 11), p. 927.

¹³ R.L. Torres (nota 11), p. 933.

Marilda Rosado

Novos rumos do Direito Internacional Privado

- ¹⁴ M.R. de S. Ribeiro, “Novos Rumos Transnacionais do Direito Internacional Privado”, en: C. Tiburcio (org.), *Direito Internacional*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2015.
- ¹⁵ J. Dolinger, *Direito internacional privado: Parte geral*, 11^o ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 33.
- ¹⁶ N. de Araújo, *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*, 5^o ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2011, pp. 34-35.
- ¹⁷ J. Dolinger (nota 15), p. 20.
- ¹⁸ C. Tiburcio / L.R. Barroso, *Direito constitucional internacional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2013, p. 63.
- ¹⁹ C. Tiburcio / L.R. Barroso (nota 18), p. 63.
- ²⁰ C. Tiburcio / L.R. Barroso (nota 18), p. 65-66.
- ²¹ C. Lima Marques, “Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado” (nota 7), p. 347.
- ²² Celso D. de Albuquerque Mello demonstrava preocupação com a igualdade dos Estados na sociedade internacional e com o papel ativo que o Direito Internacional Público deveria exercer nesse contexto, como um Direito Internacional do Desenvolvimento. “O DIP que é ensinado nas faculdades e nos livros é, ainda, via de regra, o mesmo DI formulado no século XIX pelas grandes potências ocidentais. É assim um direito que atende aos desenvolvidos e não aos países em vias de desenvolvimento. O DIP deve se transformar em um DI do Desenvolvimento”. Em: C. D. de A. Mello, *Curso de direito internacional público*, 12^o ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 49.
- ²³ P.B. Casella, *Fundamentos do Direito Internacional Pós-moderno*, São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 26.
- ²⁴ P.B. Casella, “Fundamentos e perspectivas do direito internacional pós-moderno”, *Revista da Faculdade de Direitos da Universidade de São Paulo*, vol. 101, jan. /dez, 2006, p. 434.
- ²⁵ P.B. Casella (nota 24), p. 446.
- ²⁶ N. de Araújo (nota 16), 2011.
- ²⁷ P. Jessup, *Direito Transnacional*, (Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva), Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1965, p. 12.
- ²⁸ A.F. Lowenfeld, *Public Law in the International Arena: Conflict of Laws, International Law, and some suggestions for their interaction*, Haia, Alphen Van Den Rijn / Sitjholf M. Noodhroff Editores, 1980, pp. 321-322.
- ²⁹ F. von Benda-Beckmann / K. von Benda-Beckmann / A. GRIFFITHS (orgs.), *Mobile People, Mobile Law. Expanding Legal Relationships in a Contracting World*, Hants, Ashgate, 2005, p. 4.
- ³⁰ A.A. Caçado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2006, pp.3-409; A.A. Caçado Trindade, “A Pessoa Humana como Sujeito de Direito Internacional: A Experiência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, en: C.A.M. Direito e outros, *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 501.
- ³¹ D.J. Bederman, “World Law Transcendent”, *Emory Law Journal*, vol. 54, 2005, pp. 53-77.
- ³² C. Lima Marques (nota 7), p. 329.
- ³³ P.B. Casella (nota 24) pp. 17-19.
- ³⁴ D.P Fernández Arroyo, “El derecho internacional privado en el inicio del siglo XXI”, *Direito Internacional: Estudos em homenagem a Erik Jayme*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, pp. 321-322.

³⁵ D.P. Fernández Arroyo (nota 34), p. 93.

³⁶ N. de Araújo (nota 16), p. 35.

³⁷ S. Guerra, *Curso de Direito Internacional Público*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 33.

³⁸ A.F. Lowenfeld, “Public Law in the international arena: conflict of laws, international law, and some suggestions for their interaction”, *Recueil des Cours*, vol. 163, 1979, pp. 321-322.

³⁹ A.F. Lowenfeld (nota 38), pp. 321-322.

⁴⁰ D.P. Fernández Arroyo (nota 34), pp. 89-109; D.P. Fernández Arroyo, “Algunas reflexiones acerca de las relaciones entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público”, en: *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, Buenos Aires, Albremática, 2012; D.P. Fernández Arroyo, *Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días*, Grupo Editorial Ibáñez, 2012, pp. 1-59; D.P. Fernández Arroyo, *A tendência de limitação da competência judiciária face ao direito de acesso à justiça*, tradução por Pedro Arcoverde, texto original: “La tendance à la limitation de la compétence judiciaire à l’épreuve du droit d’accès à la justice”, *Mélanges en l’honneur du Professeur Bernard Audit: Les relations privées internationales. Les Mélanges*, Paris, L.G.D.J., 2014.

⁴¹ H. Muir Watt, “Private International Law beyond the Schism”, *Transnational Legal Theory*, Oxford, vol. 2, n° 3, 2011, pp. 363-364.

⁴² G.O. Martín, “Puntos de contacto entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público: soberanía y orden público”, en: *Cursos de derecho internacional: serie temática*, Washington, DC, Organización de los Estados Americanos, vol. 1, 2000, pp. 639-641.

⁴³ M. Kamto, *Droit international de la gouvernance*, Paris, Pedone, 2013, pp. 35-36.

⁴⁴ Grupos de pesquisa da pós-graduação da FDUERJ.

⁴⁵ H. Muir Watt (nota 41), p. 393-395.

⁴⁶ H. Muir Watt (nota 41), pp. 405-407.

⁴⁷ H. Muir Watt (nota 41), pp. 402, 403.

⁴⁸ H. Muir Watt (nota 41), pp. 420-423.

⁴⁹ R. Michaels, “The mirage of non-state governance”, *Utah Law Review*, 2010, p. 34.

⁵⁰ R. Michaels (nota 49), p. 59.

⁵¹ D.P. Fernández Arroyo (nota 34), p. 105.

⁵² Sobre as características da sociedade westfaliana: “A sociedade Westfaliana, onde se desenhou o Direito internacional clássico, foi concebida por um pequeno agrupamento de estados europeus, centrada em sua autonomia como um ente soberano, onde as relações eram frias e pouco móveis, com a ausência de instrumentos de interação normativa, onde o Estado era o único sujeito de direito no plano internacional e senhor da vontade em produzir regras jurídicas. (...) A sociedade internacional foi construída de acordo com a evolução da própria concepção de Estado sob o conceito da soberania absoluta estatal e foi se agigantando conforme a dinamização das relações interestatais e pela proliferação de atores com a independência das ex-colônias latino-americanas e africanas, com o esfacelamento de grandes impérios, bem como, pela atuação constante das organizações internacionais. As relações eram esboçadas através do consentimento expreso do Estado como único indutor de produção de regras que basicamente atendiam interesses internos, (...) as normas produzidas no plano internacional tinham como única preocupação a solenização de vontade dos Estados e para eles eram direcio-

Marilda Rosado

Novos rumos do Direito Internacional Privado

nadas”. Em: W. Menezes, “A ONU e o Direito Internacional contemporâneo”, en: A.P.C. de Medeiros (org.), *Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty (2005: Brasília, DF). Desafios do Direito Internacional contemporâneo*, Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, pp. 327-328.

⁵³ H. Muir Watt (nota 41), pp. 351-354.

⁵⁴ H. Muir Watt (nota 41), pp. 358-359.

⁵⁵ Horatia Muir Watt destaca o processo histórico de cisão entre os ramos do direito internacional. Conforme afirma a autora, a domesticação do direito internacional privado é a perda de sua função de governança originada no decorrer do século XIX, quando o direito internacional público moderno emergiu separadamente do direito internacional privado, respaldando os interesses colonialistas europeus. Posteriormente, nos primeiros anos do século XX, a neutralidade apolítica do ramo jurídico internacional privado se desenvolveu como um dogma, devido ao seu suposto vínculo com a razão natural que estava acima das questões políticas. Com a emergência da modernidade, a função política do ramo privado do direito internacional se tornou ‘pasteurizada’. Observa-se o planejamento do direito internacional público no decorrer do século ZZ, que foi equiparado à divisão da África pelas potências europeias em jurisdições entre Estados soberanos. Para estes, foram deixadas regulações exclusivas dos bens públicos da comunidade e do território local. Em: H. Muir Watt (nota 41), pp. 360-361.

⁵⁶ H. Muir Watt (nota 41), pp. 358-360.

⁵⁷ D.P. Fernández Arroyo (nota 34), pp. 91-92.

⁵⁸ H. Muir Watt (nota 41), pp. 355-356.

⁵⁹ J.N. Rosenau, *The Study of World Politics: globalization and governance*, vol. 2, 1º ed., New York, Routledge, 2006, p. 34.

⁶⁰ D.P. Fernández Arroyo (nota 34), p. 94.

⁶¹ H. Muir Watt / D.P. Fernández Arroyo, “Global Governance and Private International Law: Bridging or Widening the Gap?”, *New Debates in Transnational Private Law, IGLP Workshop*, Harvard Law School, 2011, p. 1.

⁶² J. N. Rosenau (nota 59), p. 34.

⁶³ D.P. Fernández Arroyo (nota 34), pp. 94-95.

⁶⁴ Por alguns anos manteve grupos de pesquisa que inspiraram algumas gerações de alunos a produzirem dissertações de mestrados e até trabalhos de doutorado sobre tópicos correlatos.

⁶⁵ H. Muir Watt / D.P. Fernandez Arroyo, *Private International Law and Global Governance*, Oxford, 2014.

⁶⁶ R. Dolzer / C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 3; J.N. Schrijver, *Sovereignty Over Natural Resources: Balancing Rights and Duties in an Interdependent World*, 1995, p.164.

⁶⁷ M.R. de S. Ribeiro (org.), *Direito Internacional dos Investimentos*, Rio de Janeiro, Renovar, 2014.

⁶⁸ F. Volpon, *Investimento estrangeiro e comércio internacional*, Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

⁶⁹ Ver em CV Lattes Marilda Rosado de Sá Ribeiro, em: <http://lattes.cnpq.br/8337868258095028>

⁷⁰ O escopo da obra foi bastante amplo. No panorama de temas, foram escritos trabalhos sobre: (i) o padrão tratamento de investimentos, abordando-se como as medidas deve ser desempenhadas de boa-fé, de maneira constitucionalmente sancionada sob o direito interno e o internacional, não discriminatória; (ii) o direito administrativo global, com seus traços progressivos, não hierárquicos, cooperativos e setoriais, bem como com seu conteúdo material marcado pela transparência e participação, por mecanismos de revisão global, pela proteção das legítimas expectativas, pela flexibilização das imunidades dos Estados e pela exigência de proporcionalidade; (iii) pelo contraponto entre arbitragem comercial e arbitragem de investimentos, aquela emergindo como o principal meio alternativo de solução de controvérsias entre particulares, e caracterizada pela submissão por acordo entre particulares resultando em um laudo obrigatório de um tribunal privado, a ser cumprido e até mesmo executado, e esta se pautando por controvérsias referentes a uma transação econômica classificada como investimento, tendo de um lado o investidor estrangeiro e, de outro, o Estado hospedeiro. Outros temas debatidos foram o da dinâmica mesma dos tratados bilaterais de investimentos, o direito dos investimentos no MERCOSUL, as empresas transnacionais, as práticas anti-corrupção, o direito do meio ambiente, o direito da concorrência e a liberalização do comércio de serviços; o direito de acesso ao capital estrangeiro, a tributação dos investimentos, as restrições de conteúdo local e, no caso do Estado do rio de Janeiro, a judicialização dos *royalties*.

⁷¹ D. Kennedy, *New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance*, 1997.

⁷² F. Cafaggi, “New Foundations of Transnational Private Regulation”, em: *EUI Working Papers*, Florence, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Private Regulation Series-04, 2010, p. 9.

⁷³ Fabrizio Cafaggi utiliza a sigla TPR para o termo *Transnational Private Regulation*. F. Cafaggi, “New Foundations of Transnational Private Regulation”, ien: *EUI Working Papers*, Florence, European University Institute, Robert Schuman Centre For Advanced Studies, Private Regulation Series-04, 2010, p. 9.

⁷⁴ “*In an era marked by shifting boundaries, relocated authorities, weakened states, and proliferating nongovernmental organizations (NGOs) at local, provincial, national, transnational, international, and global levels of community, the time has come to confront the insufficiency of our ways of thinking, talking, and writing about government. And this imperative is all the greater because the dynamics of change, the shrinking of social, economic, and political distances, and the focus on the inherent weaknesses of the United Nations – to mention only the more conspicuous sources – have led to a surge of concern for a still amorphous entity called ‘global governance’.*” J.N. Rosenau (nota 59), p. 111.

⁷⁵ K. Nowrot / Karsten, “Global Governance and International Law”, em: *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 33*, Halle, Institut für Wirtschaftsrecht, novembro/2004, pp. 15-16; L.E. Bianchi Cerqueira, *Governança Global e Direito Internacional Privado Contemporâneo*, trabalho de final de curso, FDUERJ, GPI Governança, 2014, p. 17.

⁷⁶ K. Nowrot / Karsten (nota 75), p. 17.

⁷⁷ L.C. Piñero / X. Kramer, “The Role of Private International Law in Contemporary Society: Global Governance as a Challenge”, *Erasmus Law Review*, nº 3, 2014, p. 4.

⁷⁸ A. Mills, *Towards a Public International Perspective on Private International Law: Variable Geometry and Peer Governance*, 2012, p. 1, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2025616>

Marilda Rosado

Novos rumos do Direito Internacional Privado

⁷⁹ A. Mills (nota 78), p. 1.

⁸⁰ A. Mills (nota 78), p. 4.

⁸¹ A. Mills (nota 78), p. 4.

⁸² A. Mills (nota 78), p. 11.

⁸³ M. Koskenniemi, *Global Governance and Public International Law*, 2004, p. 16, disponível em: <http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MFrankfurt.pdf>; L.E. Bianchi Cerqueira *Governança Global e Direito Internacional Privado Contemporâneo*, trabalho de final de curso apresentado no GPI sobre Governança Global.

⁸⁴ M. Koskenniemi (nota 83), p. 18.

⁸⁵ A partir de 2003 foram mais de trinta dissertações de mestrado e teses de doutorado em que se destacam temas como petróleo, gás e energia; investimentos; comércio internacional; internacionalização de empresas; contratos internacionais, defesa da concorrência e legislação anticorrupção; meio ambiente e outros; também as mais de quarenta monografias de graduação versam sobre temas que transcendem a ótica formalista e restritiva. Ver o Lattes: M. Rosado de SA Ribeiro

⁸⁶ As presentes reflexões se encontram de forma ampliada no artigo em co-autoria com meu querido aluno, falecido precocemente: M. Rosado de Sá Ribeiro / B. Almeida, “O princípio abrangente da cooperação internacional e a governança dos recursos hídricos transfronteiriços”, en: A.C. Carvalho Ramos, *Direito Internacional privado: Questões Controvertidas*. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2016.

⁸⁷ N. Bobbio, *A Era dos Direitos*, Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 6.

⁸⁸ N. Bobbio (nota 87), pp. 7-10.

⁸⁹ G.F.S. Soares, *Direito Internacional do Meio Ambiente. Emergência, Obrigações e Responsabilidades*, pp. 164-165.

⁹⁰ G.F.S. Soares (nota 89), pp. 164-165.

⁹¹ K. Armstrong, “The Green Challenge- Managing Environmental Issues”, en: *Natural Resources projects in Developing Countries*, Mineral Law Institute, pp. 3-7.

⁹² Cada década teve seu caso-paradigma: o da década de oitenta foi o episódio envolvendo a remoção da plataforma petrolífera Brent Spar no Mar do Norte, como resultado de uma campanha promovida por grupos ambientalistas alemães e pelo Green Peace. Mais recentemente tivemos o caso Macondo, no Golfo do México–EUA, e no Brasil diversos episódios, entre os quais o assim denominado caso Chevron, no offshore brasileiro, e o caso do desastre ambiental provocado em decorrência das atividades de mineração da Samarco no município de Mariana, no estado de Minas Gerais. .

⁹³ Pesquisa sobre tal temática foi desenvolvida, sob minha orientação, pelo Professor Adjunto de Direito Internacional da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Bruno Rodrigues de Almeida, como Estágio Pós-Doutoral junto ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, interrompido em razão de seu precoce falecimento. Conferir também M.R. Ribeiro / B. Almeida, “O princípio abrangente da cooperação internacional e a governança dos recursos hídricos transfronteiriços”, en: A.C. Ramos, *Direito Internacional Privado: questões controvertidas*, no prelo.

Resumen

Si la parte que gana un litigio pudiera escoger que la decisión esté plasmada en un laudo o una sentencia, ¿qué sería preferible escoger, un laudo o una sentencia? Actualmente pareciera que la tendencia es favorable a los laudos. Gracias a la Convención de Nueva York los laudos son posibles de ejecutar, sin mayores trámites, en 157 países. Por su parte, los esfuerzos que se han hecho para lograr una convención internacional que permita la circulación de las sentencias, no han dado suficientes resultados. En la gran mayoría de los casos, la ejecución de sentencias depende de juicios de exequatur que obligan al acreedor a experimentar las realidades judiciales en cada uno de los países donde se quiere ejecutar la sentencia. Pero esta tendencia podría cambiar. Recientemente hemos percibido algunas señales contrarias al arbitraje. Si estas señales ganan más fuerza la preeminencia del arbitraje y por tanto de los laudos, podría no seguir siendo la regla. En consecuencia, el futuro de la mejor forma de resolver las controversias contractuales internacionales, es incierto.

Abstract

If the winning party of a litigation process could choose that the decision be embodied in an award or a judgment, what would the best alternative be, an award or a judgment? It seems that the current trend is in favor of the awards. Thanks to the New York Convention, awards are enforceable in 157 countries without complex requirements. Meanwhile, efforts have been made to achieve an international convention that allows circulation of judgments. However, such efforts have not yielded sufficient results. In the vast majority of the cases, the enforcement of judgments depends on exequatur proceedings that oblige the creditor to test the judicial realities of each jurisdiction where the judgments would be enforced. But this trend could change. Recently, we have noticed some signs contrary to arbitration. If those signs grow in force, the pre-eminence of arbitration and thus of the awards, could not remain the rule. As a consequence, the future of the best way to resolve international contractual disputes is unclear.

Sumario

- I.** Introducción.
- II.** El estado actual. 1. La Convención de Nueva York de 1958. 2. La Convención del 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro.
- III.** El posible futuro. 1. Críticas a la Convención de Nueva York. 2. Anti-arbitration trend in favour of the judiciary power. 3. Trabajos sobre una verdadera Convención que permita la circulación de sentencias judiciales arbitrales.
- IV.** A modo de conclusión*

Pedro Saghy

¿Laudo o sentencia?

I. Introducción

He sido honrado con la invitación de venir a Buenos Aires para participar como ponente en las décimas Jornadas de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado que llevan por título “Los contratos internacionales entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos”. El tema que debo desarrollar se presenta en forma de pregunta: ¿Jueces estatales o árbitros para resolver las controversias contractuales internacionales?¹ Sin duda, hay muchas formas de abordar esta pregunta, o más bien esta comparación.

A primera vista, pareciera que la pregunta nos lleva a comparar por ejemplo, la experticia o los conocimientos que han demostrado en sus decisiones los tribunales arbitrales y los tribunales estatales; la mayor o menor formalidad con que se llevan a cabo los procedimientos arbitrales y los procedimientos judiciales; la velocidad de respuesta

que tienen los tribunales arbitrales y los tribunales estatales; las cantidades de recursos que tienen las partes para retardar una sentencia definitivamente firme, entre otras muchas comparaciones que se pueden hacer.

Pero, para mí, esas comparaciones no son ni justas ni interesantes para este foro. No son justas, porque comparar los tribunales venezolanos con los tribunales arbitrales internacionales y llegar a la conclusión, evidente, que los tribunales estatales no son el mejor foro para resolver disputas contractuales internacionales, sería una irrespetuosa abstracción al prestigio y seriedad que tienen, por ejemplo, el Poder Judicial inglés. Seguro que *The High Court of Justice of England and Wales* no estaría muy contenta de escuchar que ha perdido en la comparación con los tribunales arbitrales porque se utilizó como ejemplo a los tribunales venezolanos. En general, no es justo tomar uno, dos o cinco sistemas de justicia estatales y llegar a una

conclusión, favorable o desfavorable, sobre el funcionamiento de todos los tribunales estatales, o de todos los tribunales arbitrales.

Pero la comparación también nos parece poco interesante para este foro, porque no estaríamos hablando de derecho internacional privado. En una comparación como ésta sólo estaríamos hablando de estadísticas en cuanto a rapidez, claridad y previsibilidad del procedimiento, mayor o menor posibilidad para las partes de acordar el calendario procesal, etcétera. Pero en ningún caso estaríamos hablando de los conflictos que plantea la aplicación de normas, reglas o principios internacionales o un determinado supuesto de hecho transfronterizo.

Ejemplo de estas comparaciones que sí pudieran ser interesantes son, por ejemplo, las dificultades que enfrenta una parte para aplicar un derecho extranjero ante a un tribunal arbitral, en comparación con la dificultad que presenta hacerlo ante un tribunal estatal; la posibilidad o no que tiene una parte de nombrar a su abogado de confianza como su representante ante un tribunal arbitral y ante un tribunal estatal (por concepto distinto al de la jurisdicción natural de ese abogado) o la mayor o menos facilidad para aplicar principios

generales del derecho internacional, tales como los Principios UNIDROIT.

En este sentido, he decidido responder a la pregunta de si es preferible un tribunal arbitral o un tribunal estatal para resolver las controversias contractuales internacionales, desde un punto de vista práctico. Me explico: luego de invertir una cantidad importante de esfuerzos y dinero en resolver una controversia contractual internacional por la vía contenciosa, las estadísticas muestran que existen grandes probabilidades de que la parte que resultó perdedora respete la decisión. Es decir, cumpla, tarde o temprano, con las obligaciones que le impuso el tribunal. Sin embargo, afortunadamente para los abogados existe la posibilidad de que esto no suceda y que la parte que ganó, ahora deba iniciar una segunda batalla para lograr la ejecución forzosa de la decisión del tribunal. Como ejemplos de esta situación podemos citar dos casos. Los muy conocidos casos de “*Yukos*” y “*Lago Agrió*”. El caso “*Yukos*” es el ejemplo perfecto y reciente de un laudo arbitral que a pesar de haber decidido el caso 100% a favor de la parte demandante condenando a Rusia a pagar 50 billones de dólares, ahora comienza lo que parece un largo camino para lograr la ejecución forzosa de ese laudo.² Del

Pedro Saghy

¿Laudo o sentencia?

lado de las sentencias, podemos citar al también tristemente célebre caso de “*Lago Agrió*”, en donde un tribunal estatal del Ecuador declaró totalmente con lugar la demanda iniciada por los habitantes de una población del amazonas ecuatoriano y condenó a la empresa petrolera Chevron a pagar 18 billones de dólares, luego reducida a 8.5 billones, a favor de los demandantes. Como la petrolera se negó a cumplir esta con decisión, los interesados iniciaron procesos de exequatur y ejecución forzosa de la sentencia en Canadá, Brasil y Argentina. Hasta ahora, en ninguno ni en el caso “*Yukos*” ni en el caso “*Lago Agrió*” los demandantes han visto satisfechas sus pretensiones.

En otras palabras, la pregunta que me hago es la siguiente: suponiendo que una de las partes considere que su caso tiene 100% de posibilidad de ser ganado, qué debería escoger ¿un laudo y una sentencia?

Desde ya les adelanto que no tengo respuesta definitiva. Pero los invito a aquellos que piensan que lo mejor es un laudo y a aquellos que piensan que lo mejor es una sentencia, a que revisemos algunos de los elementos de derecho internacional privado que deberían, en mi opinión, ser tomados

en consideración, y así compartir entre todos las interesantes dificultades que significa responder esta pregunta.

Para compartir mi ideas en torno a este tema, de forma absolutamente clásica dividiré mi exposición en dos partes: la primera, relativa al estado actual de la situación y la segunda un ensayo sobre un posible futuro de esta situación.

II. El estado actual

Los procedimientos arbitrales son casi iguales en todas partes del mundo. Al menos en su estructura. A diferencia de lo que sucede con los procedimientos judiciales donde las normas procesales responden a una práctica y concepción del proceso estrictamente local, en términos generales los tribunales arbitrales proceden de forma previsiblemente similar. La razón de esta similitud, desde mi punto de vista, es el éxito que ha tenido la promoción del arbitraje a nivel internacional que sumado a la globalización, producen una clara tendencia de estandarización. Para explicar mi opinión utilizaré dos ejemplos. El ejemplo más claro de promoción del arbitraje y estandarización es tal vez la Ley Modelo de arbitraje UNCITRAL. Incuestionablemente una parte importante de las leyes locales sobre arbitraje comercial se han

redactado a partir de este modelo. Por otro lado, el éxito alcanzado por los centros de arbitraje más prestigiosos del mundo, como por ejemplo el de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de París o el Centro de Arbitraje Internacional de Londres, ha sido, en parte, gracias a la globalización. En efecto, hoy es perfectamente cotidiano recibir noticias en nuestros correos electrónicos acerca de los nuevos casos o decisiones en cualquiera de estos centros de arbitraje. Este hecho ha inspirado a otros centros de arbitraje, más locales, a tratar de seguir la fórmula del éxito. Así, muchos de ellos tienen reglamentos que siguen la estructura y soluciones propuestas por los reglamentos de estos centros de arbitraje internacional, lo que se traduce en una gran similitud y estandarización de la forma en que se lleva a cabo un procedimiento arbitral.

Corolario de este esfuerzo de promoción y estandarización del arbitraje, son las Convenciones internacionales relativas a facilitar la ejecución de laudos arbitrales. Como su nombre lo indica, estas convenciones permiten que la decisión que han tomado los tribunales arbitrales sea posible de ejecutar con relativa facilidad en todos aquellos países que han suscrito esas convenciones internacionales.

Entre las convenciones internacionales más importantes se encuentran, del lado americano: la Convención interamericana sobre la eficacia extraterritorial de las decisiones y sentencias arbitrales extranjeras, mejor conocida como la Convención de Montevideo de 1979, la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, mejor conocida como la Convención de Panamá de 1975, del lado europeo: la Convención de Ginebra de 1961, conocida como la Convención europea sobre arbitraje comercial internacional, la Convención de Ginebra de 1927, conocida como la Convención sobre la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, el Protocolo de Ginebra y la Convención de Moscú de 1972, referida a la resolución a través de arbitraje de disputas relativas a relaciones de cooperación económicas y científico-técnicas.

1. La Convención de Nueva York de 1958

Ahora bien, nadie puede dudar que la Convención más famosa y la única que tiene alcance verdaderamente global es la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, mejor conocida como la Convención de Nueva York de 1958. La finalidad

Pedro Saghy

¿Laudo o sentencia?

de esta Convención es doble. Por un lado, evitar que las sentencias arbitrales extranjeras o no nacionales sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados parte a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales. Por otro lado, exigir que los tribunales de los Estados parte den pleno efecto a los acuerdos de arbitraje negándose a admitir demandas en las que el demandante esté actuando en violación de un acuerdo de remitir la cuestión a un tribunal arbitral.

El éxito de esta Convención puede calificarse como absoluto. De hecho esta Convención ha sido calificada como uno de los pilares fundamentales o “*key instruments*” del arbitraje internacional.

Las razones de este éxito son sencillas de describir pero extremadamente difíciles de lograr. Por un lado, esta Convención pronto cumplirá 60 años de vigencia. Es decir, se trata de una Convención longeva, sabia, que ha sabido mantenerse en forma a pesar del transcurso del tiempo. Para lograr esto han sido importantes su lenguaje sencillo, su visión amplia y su capacidad de regular muchos aspectos con pocas

normas, lo que disminuye el riesgo de interpretaciones ambiguas. Prueba de vitalidad a pesar de su edad, la Convención de Nueva York acaba de lograr una nueva conquista. La Convención de Nueva York viene de ser ratificada por el país n° 157: Angola. Esto significa, en la práctica, que las decisiones arbitrales que se hayan dictado en cualquiera de los países signatarios de esta Convención, pueden ser ejecutados en los restantes 156 demás países, sin mayores trámites o inconvenientes, lo que sin duda amplía las probabilidades de lograr la ejecución forzosa o, mejor aún, de llegar a un acuerdo con la parte vencida.

2. La Convención del 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro

Esta indudable ventaja ha producido una clara tendencia del contencioso contractual internacional contemporáneo a favor del arbitraje y en perjuicio de los tribunales estatales. Como dice el profesor Jan Paulsson, el arbitraje se ha convertido en “la vía normal para resolver los conflictos internacionales”.³ Desde nuestro punto de vista, este hecho se explica por los efectos prácticos que ha logrado la Convención de Nueva York en tanto permite que cualquier laudo arbitral

sea reconocido internacionalmente. Para las partes en litigio, quienes a diferencia de sus abogados se interesan sobre todo por los asuntos prácticos, la existencia de la Convención de Nueva York es una razón de peso para preferir un laudo arbitral en lugar de la sentencia de un tribunal estatal, por más respetable, imparcial y eficiente que sea dicho tribunal.

En vista de ello la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, tomando como inspiración el éxito de la Convención de Nueva York, preparó lo que algunos han denominado “la Convención de Nueva York para las sentencias judiciales”. Su nombre oficial es la Convención del 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro.⁴

Esta Convención entró en vigencia el pasado mes de octubre de 2015. Contiene normas no sólo destinadas a asegurar la eficacia de los acuerdos de elección de foro (también conocidos como “cláusulas de elección de foro”) entre las partes en operaciones comerciales internacionales, sino además contiene normas que regulan “el reconocimiento y la ejecución de resoluciones dictadas en los procedimientos basados en dichos acuerdos”.

Con esta Convención se pretende, y cito el Informe de la Comunidad Europea que propone su aprobación, “crear un mecanismo global de resolución judicial de disputas alternativo al existente sistema de arbitraje”.⁵

Lo primero que llama mi atención es la referencia a un sistema alternativo al arbitraje. Tradicionalmente el arbitraje ha sido considerado como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Hablar de un sistema alternativo al arbitraje, es decir, un sistema alternativo al sistema alternativo, suena interesante. Pero cuando esa propuesta es volver al sistema original, suena paradójico, por decir lo menos. En realidad, lo que vale la pena resaltar es que la propuesta del Informe de la Comunidad Europea reconoce implícitamente que el arbitraje es el mecanismo normal de resolución de controversias internacionales y propone retomar el uso del Poder Judicial.

En resumen, con esta Convención se pretende revertir los efectos que ha producido la Convención de Nueva York a favor del arbitraje.

Sin embargo, desde mi punto de vista, parece apresurado, por no decir un tanto pretencioso, comparar esta

Pedro Saghy

¿Laudo o sentencia?

Convención con la de Nueva York. Para explicar mi observación me limitaré a 4 razones:

Primero: la Convención de La Haya, a pesar de ser del 2005, ha sido suscrita por México, Singapur y la Unión Europea salvo Dinamarca. Es decir, 29 Estados y próximamente 28 después del *Brexit*. A pesar de ser un número considerable de países, es sin duda un rango de acción limitado, en comparación a los 157 países que son parte de la Convención de Nueva York.

Segundo: la estructura de la Convención de La Haya es complicada. Una de las ventajas que tiene la Convención de Nueva York es que sólo tiene 16 artículos. Esto hace que la comprensión e interpretación de la Convención sea más uniforme. Mientras menos artículos tenga una ley, tanto más sencilla es su aplicación. En cambio, la Convención de La Haya tiene 34 artículos. Esto es más del doble de las disposiciones que tiene la Convención de Nueva York, sin contar que cada artículo tiene más de dos reglas o disposiciones. Esta importante cantidad de normas es fuente natural de interpretaciones y ocurrencias para abogados, profesores y jueces, lo que crea el riesgo de afectar la seguridad jurídica que se persigue con esta Convención.

Tercero: la Convención de La Haya tiene disposiciones que invitan a la discusión desde la primera lectura. Por ejemplo: El artículo 11 de esta Convención prevé lo siguiente: “El reconocimiento o la ejecución de una resolución podrá denegarse si, y en la medida que, la resolución conceda daños y perjuicios, incluyendo daños y perjuicios ejemplares o punitivos, que no reparen a una parte por la pérdida o el perjuicio real sufrido”. Es decir, según este artículo, es posible que el tribunal requerido niegue la ejecución de una sentencia si al juez que conoce la solicitud de ejecución considera que la compensación otorgada por el tribunal que conoció el fondo del asunto, en otro país, no repara el perjuicio real sufrido.⁶ En consecuencia, para que la sentencia sea ejecutable en los países que han suscrito esta Convención, el juez que sentencie el caso debe atender a lo que cada uno de esos países considera como una reparación integral. Para quienes estén buscando tema para preparar una tesis de doctorado o unas conferencias, creo que aquí tienen un tema muy interesante.

Finalmente, como cuarto punto, la Convención de La Haya sobre acuerdos de elección de foros prohíbe la ejecución de sentencias que hayan sido anuladas en el país en donde se hayan

dictado. Esta disposición, además de confirmar la teoría francesa según la cual el arbitraje no tiene sede y por tanto se permite lo que se conoce como la ejecución de laudos zombis, es una disposición razonable desde el punto de vista estrictamente jurídico procesal, pero en mi opinión poco atractiva para el comercio internacional. La resolución de las controversias a través de arbitraje permite que una vez obtenida la primera sentencia la parte beneficiaria pueda ejecutar la decisión, aunque esté pendiente un recurso o incluso se anule luego esa sentencia. En el caso de las sentencias judiciales es entendible que esto no sea posible. En instancias judiciales los casos sólo terminan cuando se obtiene una sentencia definitivamente firme y eso, en la práctica requiere el agotamiento de todas las instancias y la imposibilidad de recurrir la sentencia. Aunque esta situación es comprensible, es sin duda una diferencia importante que la Convención de La Haya reconoce expresamente a favor del arbitraje como mecanismo ideal de resolución de controversias. Para impedir la ejecución de una sentencia judicial a nivel internacional, bastaría iniciar cualquier tipo de recurso judicial en contra de la sentencia – y todos sabemos que en muchos países no es nada complicado buscar argumentos en la Constitución para impedir la ejecución de una

sentencia, a nivel internacional y de conformidad con esta Convención.

Como han podido adivinar, no hay duda que, desde mi punto de vista, hoy en día es mucho más favorable resolver los conflictos contractuales internacionales a través de un laudo arbitral que a través de una sentencia judicial. Ello gracias a las ventajas que otorgan las diferentes Convenciones internacionales dedicadas a la ejecución de laudos internacionales y fundamentalmente a la Convención de Nueva York quien ha sido un instrumento clave para mejorar la efectividad de los laudos arbitrales y, por tanto, para generalizar el uso del arbitraje como la mejor forma de resolver las controversias contractuales internacionales.

Pero, como nada es eterno, la situación actual no es necesariamente la que seguiremos viendo en los próximos años. Nadie puede predecir el tiempo que le queda de vigencia a la preeminencia del arbitraje sobre el juicio civil comercial para resolver las controversias contractuales internacionales ni a la Convención de Nueva York como la más antigua y global de las todas las convenciones relativas a esta materia. Tampoco es previsible el surgimiento de alguna nueva teoría o tendencia que confronte lo que en algún momento comenzará a llamarse la vieja forma de hacer las

cosas. En fin, nadie puede asegurar, sin riesgo de contraria los ciclos de la historia, que el relativo predominio que tiene hoy el arbitraje no será cuestionado y vuelva al lugar en donde se encontraba a principios del siglo pasado.

Por estos motivos y sin ninguna pretensión de clarividente, veamos el posible futuro de la circulación de los laudos arbitrales y de las sentencias judiciales, a partir de tres hechos o situaciones que han despertado mi atención y, sobre todo, mi preocupación.

III. El posible futuro

La relativa tranquilidad con la que ha venido creciendo la aceptación del arbitraje como mecanismo ideal para resolver las controversias contractuales internacionales ha sido embestida por algunas voces que, como en muchas otras materias, no son muchas pero hacen mucho ruido.

La principal razón del importante ruido que hacen estas voces es que provienen de personas muy respetables y calificadas. Es cierto que nadie es infalible y que dichas voces no dejan de ser una opinión más. Sin embargo, la calificaciones de las personas que emiten esas opiniones y los medio que han empleado para hacerlo, no

permiten pasarlas desapercibidas y nos obligan a reflexionar sobre este asunto.

1. Críticas a la Convención de Nueva York

A pesar de todas las ventajas que conocemos de la Convención de Nueva York, algunas voces, muy autorizadas, han sugerido que el momento de una reforma ha llegado.⁷ Entre los argumentos que se utilizan para promover la idea de la revisión de esta Convención están su edad, es decir, que la Convención ya ha cumplido su vida útil y, sobre todo, que la Convención ha sido la causante de una cantidad importante de decisiones alrededor del mundo poco satisfactorias.

Para demostrar que la edad le ha pegado a esta Convención, algunos alegan su lenguaje *démodé*. *Old fashioned*. En relación a las sentencias lamentables, se cita una serie de decisiones que han dictado diferentes países, contradictorias entre ellas.

Aunque muchas otras voces, igualmente respetables, han contestado la propuesta de revisar esta Convención con argumentos sin duda convincentes pues han retardado al menos en 10 años el comienzo de esa revisión,⁸ es imposible predecir cuánto tiempo más

podrá seguir ganando la oposición a este movimiento. Las generaciones pasan y los nuevos jugadores tienen legítimas expectativas de colocar su nombre entre los creadores de una Convención tan importante como sería, digamos, la Convención de Nueva York ¿Quién no quisiera poder estar en esa comisión? Pero insisto, nada garantiza que el resultado sea tan bueno como el que ha logrado la aún vigente Convención de Nueva York. No es que todo el pasado haya sido siempre mejor, pero a juzgar por los niveles en que se han complicado las relaciones internacionales, la redacción de las Convenciones internacionales y los enormes intereses en juego, parece predecible que no será posible mantener la misma sencillez que caracteriza esta Convención.

2. Anti-arbitration trend in favour of the judiciary power

Por otro lado, a pesar de todas las ventajas que conocemos del arbitraje para resolver las disputas internacionales, existe un movimiento anti arbitraje que, lamentablemente, ha comenzado a ganar fuerza o al menos publicidad. El caso más reciente y en mi opinión el más llamativo fue la declaración del *Lord Chief Justice of England and Wales*, Lord Thomas, quien afirmó que el uso del arbitraje está afectando el desarrollo del *common law* en asuntos comerciales y

llamó a las cortes inglesas a ejercer más control sobre el arbitraje internacional en el Reino Unido. Es decir, llamó a los tribunales a revertir la tendencia que comenzó con la ley modelo de arbitraje UNCITRAL que plantea el escrutinio mínimo a las decisiones arbitrales pues eso estaba bien para los años 90, pero no para la situación actual.⁹

Evidentemente, lo que plantea Lord Thomas es una opinión. Por lo tanto, no estamos obligados a aceptarla o a compartirla. Sin embargo, se trata de la opinión de una de las voces más importantes y autorizadas del mundo judicial actual, de uno de los países históricamente más estables e respetados en lo que se refiere a la resolución de controversias judiciales. Por ello, se trata de una opinión de peso, que no solo no puede ser descartada o ignorada sino que debe ser escuchada y analizada pues no sólo se trata de alguien cuyas opiniones están fundamentadas en un conocimiento particular y casi único, sino que además, probablemente no sea la voz de un solo hombre sino el porta voz de un grupo o movimiento.

Por otro lado, algunos Estados han manifestado un rechazo virulento en contra al arbitraje. Fundamentalmente por la experiencia que han tenido ante los tribunales arbitrales competentes

Pedro Saghy

¿Laudo o sentencia?

para resolver las controversias relativas a la violación de Tratados internacionales de protección de inversiones. Es evidente que las críticas de estos países tienen como verdadera causa, su rechazo a la obligación de tener que explicar ante un panel arbitral la legalidad de las acciones que han realizado en contra de los derechos de algún inversor internacional y que no en pocas ocasiones han resultado condenados a indemnizar. Pero esas críticas se han formulado de forma tal que han atacado las bases del arbitraje internacional en general, contribuyendo a crear una tendencia anti-arbitraje, sobre todo frente al público no especialista que no sabe o no tiene por qué saber distinguir entre el arbitraje de inversiones y el arbitraje comercial.

Este rechazo al arbitraje de inversiones presenta su materialización más evidente en el rechazo por parte de los negociadores del o Tratado transatlántico de libre comercio entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de aceptar el arbitraje como mecanismo para resolver las disputas. Según se puede ver en los medios de comunicación, la propuesta es crear una corte encargada de resolver estos asuntos.

En tercer lugar, algunas publicaciones importantes se han dedicado a retomar y difundir al público no especializado argumentos en contra del arbitraje.

Entre las publicaciones más recientes se encuentran 3 largos reportajes publicados por el *New York Times* a finales del año 2015¹⁰ en los que se hacen críticas a las cláusulas arbitrales en las relaciones entre empresas y consumidores en los Estados Unidos. Es cierto que estos artículos explotan los abusos de las cláusulas arbitrales por parte de empresas que prestan servicios o venden bienes de forma masiva en Estados Unidos de América. Es decir, tratan sobre problemas internos, relativos a los derechos de los consumidores norteamericanos. Pero no podemos perder de vista que el prestigio y sobre todo el alcance global que tiene una publicación como el *New York Times*, con un lenguaje y una finalidad de difusión masiva de noticias y opiniones, lo convierten en uno de los llamados creadores de opiniones a nivel global.¹¹ El efecto negativo que sus reportajes pueden tener sobre la apreciación del público en general sobre cualquier tipo de arbitraje (nacional, internacional, deportivo, etc.) es indiscutible.

En este sentido, más recientemente, en agosto 2016, (y no dudo que para el momento de la publicación de este trabajo ya hayan sido publicados más artículos anti arbitraje) un periodista llamado Chris Hamby, ganador de un premio Pulitzer por un reportaje de investigación dedicado a las condiciones

de trabajo de los mineros de carbón¹² publicó en un medio de comunicación llamado *BuzzFeed*¹³ cuatro largos reportajes dedicados a criticar el arbitraje.

Los artículos de Chris son muy interesantes y entretenidos. Sin embargo, no dejan de ser un clásico intento de desprestigiar una institución a partir del análisis de sus paradojas o inconvenientes. Nadie ha dicho que el arbitraje sea perfecto. Se trata de una creación humana, puesta en funcionamiento por humanos. Ninguna institución con estas características está exenta de críticas. Los artículos de Chris tratan de demostrar que el arbitraje es un sistema creado para defraudar. Algo así como tratar de demostrar que los aviones están hechos para cometer actos terroristas. Con el uso inteligente de casos puntuales es posible argumentar a favor de esas mentiras. Prueba de ello es que todos los artículos omiten deliberadamente mencionar que los casos de arbitraje con consecuencias exitosas son incomparablemente más numerosos.

Las críticas al arbitraje no son nuevas. Cíclicamente surgen voces que proponen revisar su uso y limitar sus efectos.¹⁴ Sin embargo, lo que parece distinto en este caso es la forma y el alcance de la crítica. Actualmente no encontramos frente a una estrategia

de difusión masiva y global de una visión satírica del arbitraje, sin antes haber divulgado de la misma forma su origen y virtudes. No es absurdo pensar que este ataque esté orquestado por intereses por ahora desconocidos. Pero esto es una especulación. Lo que sí podemos apreciar claramente es que esta nueva ola de críticas al arbitraje ha sacado ventaja de un hecho incuestionable: fuera de los círculos especializados, muy poco se ha hecho para dar a conocer las virtudes del arbitraje y que los legisladores de todos los países, quienes aprueban las leyes y los tratados que permiten el funcionamiento del arbitraje, forman parte de esa comunidad no especializada.

3. Trabajos sobre una verdadera Convención que permita la circulación de las sentencias judiciales

Para concluir, otro importante hecho parece sumarse a los elementos que en nuestra opinión muestran una tendencia por rescatar el rol de los jueces en la resolución de conflictos contractuales internacionales. El pasado mes de marzo de 2016 el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado decidió crear una comisión especial para la preparación de un proyecto de

Pedro Saghy

¿Laudo o sentencia?

Convención relativa al reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles y mercantiles. La primera reunión de la comisión especial fue del 1 al 9 de junio del 2016 y una segunda reunión está programada tentativamente del 16 al 24 de febrero de 2017.

Aunque a primera vista el proyecto de Convención disponible al público parece poco amigable por la cantidad de tecnicismos que contiene, es muy pronto para pronunciarse pues la Comisión Especial apenas comienza a trabajar y no ha habido aún ninguna discusión de fondo. Lo que sí podemos apreciar es la clara intención de mejorar las fallas de la Convención del 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro y elevar las sentencias judiciales al mismo nivel de eficacia que tienen hoy en día los laudos arbitrales. Es decir, una voluntad de lograr una Convención que facilite la ejecución de sentencias judiciales en el mayor número de países y con el menor número de formalidades, a fin de competir con el arbitraje.

IV. A modo de conclusión

Pareciera posible afirmar que actualmente es más favorable la resolución de las controversias contractuales

internacionales a través de tribunales arbitrales en lugar de tribunales judiciales. La razón de ello es fundamentalmente práctica. Gracias a la Convención de Nueva York, los laudos arbitrales pueden ser ejecutados en diferentes jurisdicciones sin mayores formalidades mientras que las sentencias judiciales deben pasar por un procedimiento de exequatur, diferente en cada país que se pretenda ejecutar. Sin embargo, esta situación podría cambiar. Cíclicamente surgen voces que explotan los aspectos perfectibles del arbitraje. Hoy, esas voces aprovechan las facilidades de la globalización y propagan sus críticas con mayor alcance y publicidad. Los receptores de esas críticas son fundamentalmente personas sin entendimiento previo sobre el arbitraje, tales como la mayor parte de los miembros del Poder Legislativo de todos los países. La difusión de una visión desproporcionadamente crítica sobre el arbitraje podría coincidir con la propuesta de reformar la Convención de Nueva York. Si esto sucede, no solo se verá afectado el arbitraje sino el comercio mundial y el sistema de justicia en general pues el arbitraje es históricamente la forma normal y más adecuada de resolver las controversias internacionales.

* El presente artículo es una versión mejorada de las notas utilizadas para mi intervención durante el X Congreso organizado por ASADIP en Buenos Aires, 10-12 de Noviembre de 2016, “Los contratos internacionales entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos”.

¹ En esta mesa participamos Eduardo Vescovi (Montevideo), Marilda Rosado (Río de Janeiro), José Alfredo Martínez de Hoz (h) (Buenos Aires), Pedro Saghy (Caracas), Margie Jaime (Panamá), Moderador: Máximo Bomchil (Buenos Aires)

² S. Reed, “Dutch Court Overturns \$50 Billion Ruling Against Russia in Yukos Case”, *New York Times, International Business*, 20/04/2016.

³ J. Paulsson, “International Arbitration is Not Arbitration”, *Stockholm International Arbitration Review*, vol. 2, 2008, p. 1.

⁴ https://assets.hcch.net/upload/text37_es.pdf

⁵ “*Creating an optional worldwide judicial dispute resolution mechanism alternative to the existing arbitration system*”. Ver Brussels, 30/01/2014, COM, 2014, 46 final 2014/0021 (NLE), *Proposal for a Council Decision on the approval, on behalf of the European Union, of the Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, disponible en: http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:f8f73fa2-8a8a-11e3-87da-01aa75ed71a1.0022.01/DOC_1&format=PDF

⁶ Paradójicamente este artículo permita negar la ejecución de la sentencia a la parte que está solicitando su ejecución por haber ganado el juicio de fondo.

⁷ A.J. van den Berg, “Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards”, en: A.J. van den Berg (ed.), *50 Years of the New York Convention*, Kluwer Law International, 2009, pp. 649-678.

⁸ E. Gaillard, “The Urgency of Not Revisiting the New York Convention”, disponible en: http://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2009/06/The-Urgency-of-Not-Revising-the-New-York-Convent___/Files/View-full-article-The-Urgency-of-Not-Revising-th___/FileAttachment/IA052611UrgencyofNotRevisingNewYorkConvention.pdf

⁹ Lord Thomas, the Lord Chief Justice of England and Wales, “Arbitration hindering development of common law”, *Bailii Conference on Rebalancing the Relationship between the Courts and Arbitration*, 09/03/2016. Ver H. Bor, “Comments on Lord Chief Justice Thomas’ 2016 Bailii Lecture which promotes a greater role for the courts in international arbitration”, *Kluwer Arbitration Blog*, 11/04/2016, disponible en: <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/04/11/comments-on-lord-chief-justice-thomas-2016-bailii-lecture-which-promotes-a-greater-role-for-the-courts-in-international-arbitration/>

¹⁰ J. Silver-Greenberg / R. Gebeloff, “Arbitration Everywhere, Stacking the Deck of Justice”, *Beware the fine print*, part I, 31/10/2015, disponible en: http://www.nytimes.com/2015/11/01/business/dealbook/arbitration-everywhere-stacking-the-deck-of-justice.html?_r=0 ; “In Arbitration, a ‘Privatization of the Justice System’”, *Beware the fine print*, part II, 01/11/2015, disponible en: <http://www.nytimes.com/2015/11/02/business/dealbook/in-arbitration-a-privatization-of-the-justice-system.html?action=click&contentCollection=Deal-Book&module=RelatedCoverage®ion=EndOfArticle&pgtype=article> ; “In Religious Arbitration, Scripture Is the Rule of Law”, *Beware the fine print*, part III, 02/11/2015, disponible

Pedro Saghy

¿Laudo o sentencia?

en: <http://www.nytimes.com/2015/11/03/business/dealbook/in-religious-arbitration-scripture-is-the-rule-of-law.html?action=click&contentCollection=DealBook&module=RelatedCoverage®ion=EndOfArticle&pgtype=article>

¹¹ En el 2016, el *New York Times* ha continuado la publicación de otros artículos criticando el arbitraje comercial: J. Silver-Greenberg/M. Corkery, “Rule on Arbitration Would Restore Right to Sue Banks”, 05/05/2016 disponible en: <http://www.nytimes.com/2016/05/05/business/dealbook/consumer-agency-moves-to-assert-bank-customers-right-to-sue.html> ; A. Carrns, “More Big Banks Are Using Arbitration to Bar Customer Lawsuits”, 17/08/2016, disponible en: <http://www.nytimes.com/2016/08/18/your-money/arbitration-bank-checking-accounts.html>

¹² <http://www.pulitzer.org/winners/chris-hamby>

¹³ C. Hamby, “The court that rules the world”, *Secrets of a Global Super Court. BuzzFeed News, Investigation*, Part I, 28/08/2016, disponible en: https://www.buzzfeed.com/chrishamby/super-court?utm_term=.ocma888q5#.prkqllan ; C. Hamby, “The Billion-Dollar Ultimatum”, *Secrets of a Global Super Court. BuzzFeed News, Investigation*, Part II, 30/08/2016, disponible en: https://www.buzzfeed.com/chrishamby/the-billion-dollar-ultimatum?utm_term=.luemGGOD#.khvByyy58; C. Hamby, “Let’s Make Them Poorer, and we’ll get riche”, *Secrets of a Global Super Court. BuzzFeed News, Investigation*, Part III, 31/08/2016: https://www.buzzfeed.com/chrishamby/not-just-a-court-system-its-a-gold-mine?utm_term=.qr2eaaaYn#.cvWrEEEW6 and C. Hamby, “A Homegrown Disaster”, *Secrets of a Global Super Court. BuzzFeed News, Investigation*, Part IV, 01/09/2016: https://www.buzzfeed.com/chrishamby/homegrown-disaster?utm_term=.vxw0xxxWA#.ppxnVVVNX

¹⁴ J. Paulsson (nota 4), p. 1