

Recibido: 17 febrero 2106
Aceptado: 9 junio 2016

Arbitraje, vol. IX, n°2, 2016, pp. 397–433

Arbitraje de inversión y abuso de Derecho: ¿Soluciones de Derecho internacional privado?

Manuel CASAS MARTÍNEZ*

Sumario: I. Introducción: II. La aplicación de la doctrina del abuso de derecho en el arbitraje de inversión y sus riesgos. III. La regulación de la nacionalidad en el Derecho internacional: 1. Principios y evolución 2. La regulación de la nacionalidad en la jurisprudencia de la CIJ y otros tribunales internacionales 3. La flexibilización de las limitaciones jurisdiccionales basadas en la nacionalidad. IV. La regulación de la nacionalidad en el arbitraje de inversión. V. Nacionalidades de conveniencia, acceso al arbitraje de inversión y la solución basada en la determinación del Derecho aplicable. VI. La restricción del ámbito de aplicación del abuso de derechos. VII. Conclusiones.

Resumen: Arbitraje de inversión y abuso de Derecho: ¿Soluciones de Derecho internacional privado?

Los tribunales arbitrales de inversión que han aplicado la doctrina del abuso de derecho lo han hecho de forma errada. Al omitir considerar elementos esenciales de la misma, como lo son la existencia de un daño y la intención subjetiva de causar el mismo, han expandido el ámbito de esta doctrina, lo que atenta contra la seguridad jurídica y la estabilidad de las expectativas razonables, particularmente en un campo volátil como la inversión internacional. Este problema, sin embargo, puede ser resuelto utilizando instituciones propias o afines al Derecho internacional privado. Primero, la aplicación de la doctrina de derecho ha sido frecuente en casos relacionados con la validez de la nacionalidad de la parte demandante; tales casos pueden ser resueltos mediante la determinación del Derecho material aplicable, que entremezcla normas de derecho internacional público y Derecho interno. Segundo, el riesgo de la aplicación de la doctrina del abuso de derecho puede ser reducido si se (re)incluyen los elementos esenciales materiales y volitivos.

Palabras clave: ARBITRAJE DE INVERSIÓN – ABUSO DE DERECHO – NACIONALIDAD.

Abstract: investment arbitration and abuse of rights: is private international law the solution?

Investment arbitration tribunals have erred when applying the doctrine of abuse of rights. By omitting to consider two key elements of that doctrine—the causation of harm and the subjective intent to produce it—these tribunals have expanded the reach of abuse of rights. That expansion imperils the stability of legal relations in an area of law as volatile as the protection of foreign investment. The problem, however, can be solved through institutions that are cognate to private international law. First, the doctrine of

Arbitraje, vol. IX, n° 2, 2016, pp. 397–433
ISSN 1888–5373
DOI: 10.19194/arbitrajeraci.9.2.03

abuse of rights is usually applied in cases involving the validity of ascriptions of nationality, which can better be solved through the proper determination of the applicable law (usually a mixture of both public international law and domestic law). Second, the scope of application of abuse of rights may be restricted by re-introducing the essential elements of the causation of harm and subjective intent.

Keywords: INVESTOR—STATE ARBITRATION —ABUSE OF RIGHTS — NATIONALITY

I. Introducción

Varios tribunales arbitrales de inversión han invocado recientemente la doctrina del abuso de derecho¹. La misma ha sido utilizada al momento de abordar un tema controversial dentro de un área del derecho controversial en si misma²: la utilización de nacionalidades de conveniencia para satisfacer los requisitos de jurisdicción personal de tribunales arbitrales de inversión³. Como es usual en la mayoría de

*Asistente judicial (UT), Corte Internacional de Justicia. Las opiniones expresadas en este trabajo son meramente personales del autor y de ninguna manera son atribuibles a la Corte Internacional de Justicia.

¹ *Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID caso No. ARB/06/5, Laudo (15 de abril de 2009); *Mobil Cerro Negro Holding, Ltd. et al v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Caso No. ARB/07/27, Decisión sobre jurisdicción, (10 de junio de 2010); *Pac Rim Cayman, LLC v. The Republic of El Salvador*, ICSID caso No. ARB/09/12, Decisión sobre jurisdicción (1 de junio de 2012), y *Renée Rose Levy and Greccitel S.A. v. Republic of Peru*, ICSID Caso No ARB/11/17, Laudo (9 de enero de 2015).

² La legitimidad del arbitraje de inversión ha sido duramente cuestionada recientemente, *vid.* A. von Bogdandy e I. Venzke, *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2014. Aunque el debate también ha sido planteado a nivel de la opinión pública, *vid.* E. ren, *The Trans-Pacific Partnership Clause Everyone Should Oppose*, Wash. Post, 25 de febrero de 2015, donde la Senadora argumenta que: "Agreeing to ISDS in this enormous new treaty would tilt the playing field in the United States further in favor of big multinational corporations. Worse, it would undermine U.S. sovereignty. ISDS would allow foreign companies to challenge U.S. laws — and potentially to pick up huge payouts from taxpayers — without ever stepping foot in a U.S. court". En una nota similar, Joseph Stiglitz, Judith Resnik, Laurance Tribe y otros enviaron una carta abierta a los miembros del Congreso de los Estados Unidos, declarando que: "ISDS weakens the rule of law by removing the procedural protections of the legal system and using a system of adjudication with limited accountability and review. It is antithetical to the fair, public, and effective legal system that all Americans expect and deserved", Wash. Post, 30 de abril de 2015.

³ Esta práctica tiene su origen en el principio de la nacionalidad de las reclamaciones internacionales, basado en la llamada "ficción vatelliana", desarrollada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en: *Mavrommatis Palestine Concessions* (U.K. v. Greece), 1924 PCIJ (ser. A) No. 2, at 11 (Aug. 30): "It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary

los tribunales internacionales, el acceso al arbitraje de inversión generalmente está limitado subjetivamente sobre la base de la nacionalidad de la parte demandante.

Estar bajo la protección de un tratado bilateral de inversión (TBI) presenta una serie de ventajas, tanto sustantivas como procesales. Desde el punto de vista sustantivo, un TBI puede implicar la aplicación de normas más favorables que las contempladas en el Derecho interno; y, desde el punto de vista procesal, permite acudir ante un tribunal arbitral de inversión para resolver las disputas que involucren al Estado. La disponibilidad de este tipo de foros es una alternativa nada desdeñable, en particular en aquellas jurisdicciones en las que el Poder Judicial carece de independencia.

Dadas las ventajas de contar con la protección de un TBI, existen incentivos para que inversionistas estructuren su inversión de manera de entrar dentro del ámbito de aplicación de un TBI⁴. Esta práctica, conocida como la búsqueda del tratado más favorable (o, *treaty shopping*)⁵, presenta ciertas similitudes a la búsqueda del foro más favorable⁶ (quizá con la diferencia de que requiere un poco más de

to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights — its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law".

⁴ Un tribunal arbitral de inversión concluyó que tal práctica era legal y válida, afirmando que: "*is not uncommon in practice, and—absent a particular limitation—not illegal to locate one's operations in a jurisdiction perceived to provide a beneficial regulatory and legal environment in terms, for example, of taxation or the substantive law of the jurisdiction, including the availability of a BIT*", *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Caso No. ARB/02/3, Decisión sobre jurisdicción, (21 de octubre de 2005), ¶ 330.

⁵ El término *treaty shopping* fue originalmente desarrollado en el contexto de los tratados tributarios, *vid.* R. Reinhold, "What is Tax Treaty Abuse (Is Treaty Shopping an Outdated Concept?)", *The Tax Lawyer*, vol. 53, 2000, p. 664; R.O. Loengard, Jr., "Foreign Investors and Nimble Capital: Another Look at the U.S. Policy Towards Treaty Shopping", *Law & Pol'y Int'L Bus.*, vol. 15, 1983, p. 763; S. van Weeghel, *The Improper Use of Tax Treaties*, Londres, Kluwer, 1998.

⁶ El análisis sobre la permisibilidad del *forum shopping* ha sido desarrollada por D.P. Fernández Arroyo, "Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana", Comité Jurídico Interamericano, *XXXIII Curso de Derecho Internacional: El Derecho Internacional en las Américas: 100 años del Comité Jurídico Interamericano*, OEArganización de Estados Americanos, Río de Janeiro, 2006, pp. 301–302; *vid.* también: A. Nuyts, "Forum shopping et abus du *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen", *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruselas, Bruylant, 2004, p. 745.

planificación⁷, pues la elección del tratado más favorable suele hacerse *antes* de que surja una disputa)⁸.

La forma más común de alcanzar tal objetivo es la adquisición de una *nacionalidad de conveniencia*⁹; es decir, una adscripción de nacionalidad en la que suelen haber pocos (o ningún) vínculos fácticos (sociales o económicos) entre el Estado que concede la nacionalidad y la persona que la obtiene. Un caso paradigmático de nacionalidades de conveniencia son las llamadas empresas de maletín o compañías fantasma¹⁰. Así, un inversionista diligente, que cuente con una nacionalidad de conveniencia, posiciona su inversión dentro del ámbito de aplicación de un TBI y, de surgir una disputa, tendrá la posibilidad de presentar una demanda ante un tribunal arbitral de inversión.

No obstante, el uso de nacionalidades de conveniencia puede traer problemas. Un ejemplo notorio es la posibilidad de que inversionistas de un Estado determinado logren estructurar su inversión de manera que ésta tenga la nacionalidad de un tercer Estado, permitiéndoles demandar a su propio Estado ante un tribunal arbitral de inversión¹¹. Esa posibilidad ha llevado a algunos tribunales a considerar que la obtención —en su opinión, fraudulenta— de una nacionalidad con el mero propósito de obtener la protección de un TBI

⁷ Para una visión general de la planificación de la nacionalidad corporativa, *vid.* Y. Hadari, "Tax Treaties and Their Role in the Financial Planning of the Multinational Enterprise", *Am. J. Comp. L.*, vol. 20, 1972, pp. 111–145.

⁸ Es importante distinguir la aplicación de la teoría del abuso de derechos a la del fraude a la ley, la cual no es aceptada en el Derecho internacional público. La distinción es importante ya que la planificación de la nacionalidad corporativa puede ser vista como una manipulación artificial del factor de conexión para lograr la aplicación de un Derecho más favorable, *vid.* T. de Maeklt, *Teoría general de DIPr*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2010, pp. 371–372.

⁹ El término nacionalidad de conveniencia se deriva de la figura del pabellón de competencia, desarrollada en el Derecho marítimo. Al respecto, se ha afirmado que: "*there exists no genuine link between the State and the ships and, in particular, under which the State does not effectively exercise its jurisdiction and control in administrative, technical, and social matters over ships flying its flag*". B.A. Boczek, *Flags of Convenience: An International Legal Study*, Boston, Harvard University Press, 1962, p. 3 y también R.S. Toh y S-Y Phang, "Quasi-Flag of Convenience Shipping: The Wave of the Future", *Transportation Journal*, vol. 30, 1993, pp. 31–34.

¹⁰ D. Ramos Muñoz, "Abuso del derecho, transacciones transfronterizas y la construcción del mercado interior y de la UE. ¿Un equilibrio imposible", *Revista de Derecho Europeo*, vol. 44, 2012, p. 77.

¹¹ Esta fue la situación que se presentó por primera vez en el caso Tokios Tokelés, *vid.* *Tokios Tokelès v. Ukraine*, ICSID Caso No. ARB/02/18, Decisión sobre jurisdicción (29 de abril de 2004), reimpresso en *ICSID Rev.—Foreign Investment L.J.*, vol. 20, 2005, pp. 3 ss.

constituye un abuso de derecho¹². Sin embargo, la jurisprudencia arbitral está dividida, pues varios tribunales han considerado que tal práctica es válida.

II. La aplicación de la doctrina del abuso de derecho en el arbitraje de inversión y sus riesgos

Ante tal situación, varios tribunales han aplicado, o han considerado aplicar, la teoría del abuso de derecho. Sin embargo, al hacerlo han incurrido en un error sistemático, pues su análisis suele omitir considerar tanto la existencia de un daño y la intención subjetiva de causar dicho daño, dos de los elementos esenciales para la aplicación de la doctrina del abuso de derecho¹³. Esto trae como consecuencia una posible expansión del ámbito de aplicación de esta doctrina, lo cual atenta contra la seguridad jurídica y la estabilidad de las expectativas razonables de las partes. La aplicación indiscriminada de la teoría del abuso de derecho es riesgosa, pues involucra la invalidación *ex post* de situaciones o actos jurídicos creados de conformidad con el ordenamiento jurídico y, por tanto, formalmente válidos.

Dados estos riesgos, cabe preguntar si existe otra forma de resolver la problemática representada por las nacionalidades de conveniencia que, a su vez, evite los errores sistemáticos cometidos por los tribunales arbitrales de inversión. La respuesta, como se demostrará a continuación, es afirmativa: hay dos soluciones, basadas en instituciones y métodos familiares al DIPr, que permiten abordar la utilización de nacionalidades de conveniencia, o bien sin siquiera aplicar el abuso de derecho, o bien evitando su aplicación incorrecta.

La primera solución consiste en abordar el tema de las nacionalidades de conveniencia a través de una correcta determinación del Derecho aplicable para determinar la validez de las mismas y, en consecuencia, su relevancia para la jurisdicción personal de los tribunales arbitrales de inversión. En el caso concreto del arbitraje de inversión esto puede implicar un nivel de complejidad particular, pues suele haber una multiplicidad de normas aplicables, tanto de Derecho interno como de Derecho internacional; y, además, la regulación de la

¹² *Vid. supra*, nota 1.

¹³ Al respecto, *vid.* C. Otero García–Castrillón, “En torno a los problemas de aplicación de las normas de competencia judicial; reflexiones sobre la admisibilidad del *forum non conveniens* en el Derecho español”, *AEDIPr*, t. 1, 2001, p. 430; A. Gómez Robledo, “El abuso de derecho en Derecho internacional”, *Jurídica. Anuario del departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, vol. 12, 1980, p. 282.

nacionalidad en Derecho internacional público es peculiar ya que suele implicar otro renvío al Derecho interno. La segunda solución es restringir la aplicación del abuso de derecho mediante la (re)inclusión de dos de los elementos tradicionalmente requeridos para la aplicación de la misma: la existencia de un daño concreto y la intención subjetiva de causar tal daño (*animus vicini nocendi*)¹⁴.

III. La regulación de la nacionalidad en el Derecho internacional

Debido a la naturaleza mixta del arbitraje de inversión, el derecho internacional público ejerce una influencia importante en ciertas áreas del mismo. Una de esas áreas es la regulación de la nacionalidad, en las que las disposiciones contenidas en el Convenio CIADI y en una multitud de TBI reflejan las normas desarrolladas por el Derecho internacional público. Por tal razón, es pertinente analizar con detenimiento la regulación de la nacionalidad en el Derecho internacional público y su relación con la jurisdicción personal de los tribunales arbitrales de inversión (aunque el tema también es relevante desde la óptica del DIPr dado el rol que históricamente ha jugado la nacionalidad como factor de conexión)¹⁵.

1. Principios generales y evolución

El principio fundamental sobre regulación de la nacionalidad en el derecho internacional público es que el Derecho internacional público no regula la nacionalidad. O, mejor dicho, no la regula de forma sustantiva o lo hace de forma mínima. El Derecho internacional público considera que la regulación de la nacionalidad, dada su estrecha vinculación con la soberanía, forma parte del dominio reservado de cada Estado¹⁶. En otras palabras, el Derecho internacional público,

¹⁴ J. Suderow, "Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿El caso del torpedo italiano? ¿Flexibilidad versus previsibilidad?", *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 5, 2013, p. 198; J.D. Delgado Echeverría, "El concepto de validez de los actos jurídicos De Derecho privado: notas de teoría y dogmática", *Anuario de Derecho civil*, vol. 58, 2005, p. 14, H.C. Gutteridge, "Abuse of Rights", en *The Cambridge Law Journal*, vol. 5, 1933, p. 25. Para un estudio enfocado en Derecho comparado, *vid.* M. Byers, "Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age", *McGill L.J.*, vol. 47, 2002.

¹⁵ F. Rezek, "Le droit international de la nationalité", *Recueil des Cours*, vol. 198, 1986, pp. 351–352.

¹⁶ Esta conclusión deriva de la decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional en la opinión consultiva *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, Advisory Opinion, 1923 P.C.I.J. (ser. B) No. 4, at 22–23 (Feb. 7), donde estableció que: "*concepts of*

por lo menos en lo atinente a la nacionalidad de personas físicas, reenvía la regulación de la misma al Derecho interno de cada Estado. Esto quiere decir que el derecho aplicable para determinar la validez de una nacionalidad es el Derecho interno del Estado que la confiere.

Por el contrario, en el caso de las personas jurídicas o morales, el derecho internacional público regula su nacionalidad de una manera incluso más sencilla: les atribuye la nacionalidad del Estado bajo cuyo ordenamiento fueron creadas¹⁷. Con la excepción del fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nottebohm* —una decisión incorrecta y aislada— no ha habido mayores cambios en la postura del Derecho internacional público sobre el tema.

La ausencia de criterios sustantivos permite una divergencia en la regulación de la nacionalidad en los distintos ordenamientos jurídicos internos. Cada Estado puede legislar la materia de la forma que mejor considere. No obstante, la ausencia de criterios sustantivos no es sinónimo de una ausencia total de normas. Si bien el derecho internacional público no establece criterios sustantivos que informen la regulación en materia de nacionalidad, sí establece una serie de límites objetivos —márgenes exteriores— que deben ser respetados para que dichas adscripciones de nacionalidad sean consideradas válidas. El objetivo de esos límites es evitar situaciones abusivas: por ejemplo, adscripciones de nacionalidad masivas, unilaterales y frecuentemente coercitivas. Situaciones que, si bien son raras, han ocu-

domestic jurisdiction and reserved domain interchangeably: The words 'solely within the domestic jurisdiction' seem rather to contemplate certain matters which, though they may very closely concern the interest of more than one State, are not, in principle, regulated by international law. As regards such matters, each State is sole judge." The question whether a certain matter is or is not solely within the jurisdiction of a State is an essentially relative question; it depends on the development of international relations. Thus, in the present state of international law, questions of nationality are, in the opinion of the Court, in principle within this reserved domain".

¹⁷ La Corte Internacional de Justicia llegó a esa conclusión en *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.* (Belg. v. Spain) Second Phase, Merits 1970, I.C.J. 3, 42 (Feb. 5) y también en la sentencia dictada en *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo*, (Guinea v. Dem. Rep. Cong.) Preliminary Objections, 2007 I.C.J. 582, 605 (May 24). La doctrina ha aceptado esta posición, cf: M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 198 (3rd ed. 2010), quien indica que: "*Customary international law shows no inclination to depart from incorporation as the test of corporate nationality*", p. 198. Aunque no lo hace de forma directa, la decisión de la CIJ en el caso *Anglo Iranian Oil Co.* puede ser útil. Ahí, la Corte, luego de hacer referencia a que la compañía fue incorporada en el Reino Unido, la considera una compañía británica, cf. *Anglo Iranian Oil Co.* (U.K. v. Iran), Preliminary Objections, 1952 I.C.J. 93, 102 (July 22).

rrido en el pasado (generalmente en el contexto de conflictos armados)¹⁸.

El principio que establece que los Estados gozan, dentro de los amplios márgenes establecidos por el Derecho internacional, de libertad para regular la nacionalidad se remonta al siglo XVIII, momento en que la idea del Estado–Nación cobraba fuerza y, con ella, la concepción moderna de nacionalidad. S. Pufendorf, por ejemplo, consideraba que ante el vacío de la costumbre internacional la materia se regía por la legislación doméstica¹⁹. Otros autores del siglo XIX y de comienzos del XX mantuvieron posiciones similares. J.C. Bluntschli afirma en 1874 que “Cada Estado tiene el derecho de determinar libremente las condiciones bajo las cuales otorgará o retirará la condición de ciudadano de ese Estado”²⁰. G. Cogordan sostuvo una postura afín y declaró que: “cada Estado, siendo independiente de los demás, es libre de regular a su manera las condiciones y formalidades sobre las que dependerá la adquisición o pérdida de la nacionalidad”²¹. Asimismo L. Oppenheim concluyó a comienzos del siglo XX, que “No corresponde al Derecho internacional sino al Derecho interno determinar quién debe y no debe ser considerado como un sujeto”²².

Tribunales arbitrales internacionales contemporáneos a dichos autores tuvieron la oportunidad de pronunciarse. Laudos como *Medina*²³, dictado en 1860, y *Lizard*²⁴, decidido en 1868, reconocieron que los asuntos relativos a la nacionalidad debían decidirse de conformidad con el derecho interno de cada Estado. Esa conclusión fue reiterada en los laudos *Esteves*²⁵, *Angarica*²⁶ y *Flutie*²⁷. Pero quizá la

¹⁸ *Infra* n. 34.

¹⁹ S. Pufendorf, *Elementorum jurisprudentiae universalis libri duo*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 1055.

²⁰ J.C. Bluntschli & A. Rivier, *Le droit international codifié*, Paris, Guillaumine et cie, 1874 § 364, 218 (1895), “Chaque état a le droit de fixer librement les conditions auxquelles il accorde et retire la qualité de citoyen de l'état”. La traducción es mía.

²¹ G. Cogordan, *Droits des gens la nationalité au point de vue des rapports internationaux*, Paris, L. Larose, 1879, p. 16 “Chaque État, étant indépendant des autres, est libre de régler à sa guise les formalités et conditions d'où il fait dépendre l'acquisition et la perte de la qualité de national”. La traducción es mía.

²² L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, Londres, Longman, Green, and co., 1905, p. 348. La traducción es mía.

²³ J.B. Moore, *History and digest of the international arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington, Government Printing Office, 1898, p. 2584.

²⁴ J.B. Moore, *op. cit.*, p. 2483.

²⁵ *United Nations Reports of International Arbitral Awards*, Nueva York, United Nations, v. X, 1903, pp. 739–741.

²⁶ J.B. Moore, *op. cit.*, p. 2621.

exposición más lúcida de tal principio ocurrió en 1923, cuando la Corte Permanente de Justicia Internacional dictó su opinión consultiva sobre los *Decretos de nacionalidad de Túnez y Marruecos*²⁸.

A pesar de que para el momento pocos instrumentos internacionales se ocupaban del asunto, los pocos que lo hacían adoptaron la misma posición. Un ejemplo notorio es el Código Bustamante, cuyo art. 9 establece que: "cada Estado contratante aplicará su propio derecho a la determinación de la nacionalidad de origen de toda persona individual o jurídica...cuando una de las nacionalidades sujetas a controversia sea la de dicho Estado"²⁹. Es importante destacar que el Código Bustamante también es uno de los primeros instrumentos internacionales que aborda el tema de la nacionalidad de las personas jurídicas, estableciendo que éstas adquirirán la nacionalidad del Estado bajo cuya legislación hubiesen sido creadas. Dos instrumentos adicionales, el Proyecto de Investigación de Harvard en Derecho Internacional: El Derecho de la nacionalidad³⁰ y la Convención de La Haya sobre ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes de nacionalidad de 1930³¹ también alcanzan conclusiones similares.

La principal motivación para afirmar que el derecho internacional público limitaba la libertad de los Estados para regular la nacionalidad se basaba en la preocupación por los casos de naturalizaciones colectivas y unilaterales. Ciertos países latinoamericanos habían aplicado naturalizaciones por operación de la ley en los siglos XIX y XX³². Perú, por ejemplo, había naturalizado a todos los extranjeros que habían comprado propiedad en el país; Brasil tomó medidas aún más drásticas: naturalizó a todos los extranjeros que residían dentro de su territorio. Tales prácticas ya habían sido rechazadas por tribunales arbitrales³³. La limitación de la discreción de los Estados para regular la nacionalidad no busca establecer condiciones sustantivas para la

²⁷ J. Ralston, *Venezuelan Arbitrations of 1903*, Washington, Government Printing Office, 1904, pp. 38–45.

²⁸ *Supra* n. 19.

²⁹ Código de DIPr (Código de Bustamante), La Habana, 20 de febrero de 1928, O.A.S.T.S. 34

³⁰ "The Harvard Research: The Law of Nationality", *Am. J. Int'l L. Spec. Supp.*, vol. 23, 1929 (El Proyecto de Harvard).

³¹ Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws art. 1, Apr. 12, 1930, 179 L.N.T.S. 89 (La Convención de La Haya).

³² *Proyecto de Harvard*, *op. cit.*, p. 53, *vid.* también el laudo dictado en el caso *Fayette Anderson* y *William Thompson*, citados en J.B. Moore, *op. cit.*, pp. 2479–2481.

³³ Los laudos que determinaron la antijuridicidad de tales actuaciones pueden encontrarse en J.B. Moore, *op. cit.*, pp. 302–311.

misma, sino más bien evitar situaciones extremas (y potencialmente conflictivas) como las ya mencionadas.

Posteriormente, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) produjo un Reporte sobre la nacionalidad, incluyendo la apatridia³⁴, el cual ratifica el mismo principio. El Reporte de la CDI, sin embargo, apoya el requisito del "vínculo genuino" en los casos de naturalización, quizá como resultado de experiencias recientes, como las naturalizaciones forzadas realizadas por Alemania durante la Segunda Guerra Mundial³⁵.

Las reglas aplicables a la nacionalidad de las personas jurídicas han recibido menos atención. No obstante, en este caso el Derecho internacional no establece un grado de libertad similar al aplicable a las personas naturales. En efecto, el Derecho internacional suele considerar que las personas jurídicas tienen la nacionalidad del Estado bajo cuya legislación fueron constituidas³⁶. Para bien o para mal, el Derecho internacional optó por una regla sencilla, clara y formalista. Tal decisión radica en que las personas jurídicas son una ficción y, por consiguiente, su existencia depende de la voluntad del Estado que avaló su creación.

³⁴ International Law Commission, "Report on Nationality Including Statelessness, by Mr. Manley O. Hudson, Special Rapporteur", *Yearbook of the Int'l L. Comm.*, vol. 963-II, 1952. (el Reporte de la CDI)

³⁵ Reporte de la CDI, *op. cit.*, párras. 6-7 y 13-14.

³⁶ Cf. M. Sornarajah, *The International Law...*, *op. cit.*, p. 198 y las decisiones de la CIJ en los casos *Barcelona Traction* y *Diallo*, *supra* n. 16. También: P.T. Muchlinski, "Corporations in International Law", en Rudiger Wolfrum (ed.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (Jan. 30, 2015), <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1513> "Usually, nationality is determined by reference to the place of incorporation. Domicile usually follows incorporation" at para. 18. Asimismo, el Comité de Expertos de la Liga de Naciones sobre la nacionalidad de personas jurídicas y su protección diplomática consideró que, para esos fines, la nacionalidad de las mismas debía determinarse "by the law of the contracting party under whose law it was formed and by the situation of the actual seat of the company which may only be established in the territory of the state in which the company was formed": Publications of the League of Nations, V, Legal: V. 12, reimpreso en *Am. J. Int'l L. Special Suppt.*, vol. 22, 1927, p. 204. Cf. D. Harris, "The Protection of Companies in International Law in Light of the Nottebohm Case", *Int'l & Comp. L.Q.*, vol. 18, 1969, p. 296. Este principio también fue reconocido por los laudos dictados en *Agency of Canadian Car and Foundry Co.Ltd*, *Reports of International Arbitrations*, *op. cit.* vol. 8, p. 460 y *Greenstreet*, *Reports of International Arbitrations*, *op. cit.* vol. 4, p. 462.

2. La regulación de la nacionalidad en la jurisprudencia de la CIJ y otros tribunales internacionales

No obstante, todo ese andamiaje teórico y doctrinal sufrió un golpe (casi mortal) cuando la CIJ decidió el caso *Nottebohm* en 1935³⁷. Los hechos del caso son complejos: Nottebohm era alemán por nacimiento, pero había vivido largos años en Guatemala. Al comienzo de la Segunda Guerra Mundial, había adquirido nacionalidad liechtensteinense, presuntamente para evitar las sanciones que el derecho de la guerra permitía aplicar a los nacionales de países enemigos. Cuando Guatemala declaró la guerra a Alemania, Nottebohm fue apresado en los Estados Unidos, sus extensas propiedades fueron confiscadas y, luego de ser liberado, se le negó la entrada de vuelta a Guatemala, obligándolo a volver a Europa y radicarse en Liechtenstein. En 1951 Liechtenstein, ejerciendo protección diplomática en nombre de su nacional, demandó a Guatemala ante la CIJ.

Pero la Corte rechazó la demanda, considerándola inadmisibile al concluir que la nacionalización de Nottebohm como Liechtensteinense no satisfizo los requisitos necesarios relativos al "factor social de apego" ni de una "genuina conexión de existencia, intereses y sentimientos" entre él y dicho Estado³⁸. La CIJ adoptó una concepción romántica sobre la nacionalidad, declarando que la naturalización "constituye una expresión jurídica del hecho de que el individuo sobre el cual se confiere... está fácticamente más conectado con la población del Estado que confiere la nacionalidad que con la de cualquier otro Estado"³⁹. Así, la Corte se distanció del paradigma clásico del derecho internacional y requirió la existencia de vínculos sociales y psicológicos (sin elaborar cómo determinarlos) entre la persona y el Estado. Esa conclusión es problemática. Por un lado, carece de bases en el derecho positivo; por otro lado, impidió que Nottebohm acudiera a un

³⁷ *Nottebohm* (Liech. v. Guat.), Second Phase, 1955 I.C.J. 4 (Apr. 6). Esta decisión ha sido duramente criticada. Ver: J. Kunz, "Nottebohm Judgment (Second Phase)", en *Am. J. Int'l L.*, vol. 54, 1960, p. 536; J. Mervyn Jones, "The Nottebohm Case", *Int'l & Comp. L.Q.*, vol 5, 1956, p. 230–244; R. Sloane, "Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality", en *Harv. Int'l L.J.*, vol. 50, 2009, p. 10–17. Aunque también tuvo sus defensores, como I. Brownlie, "The Relations of Nationality in Public International Law", en *Brit. Y.B. Int'l. L.*, vol. 39, p. 364 y H. F. van Panhuys, *The Role of Nationality in International Law: An Outline*, Leyden, A.W. Sitjhoff, 1959.

³⁸ *Nottebohm*, *op. cit.*, p. 23.

³⁹ *Id.*

foro internacional, en su caso, el único tribunal imparcial disponible, incurriendo, quizá, en una denegación de justicia⁴⁰.

No obstante, la mayoría de las decisiones internacionales posteriores a *Nottebohm* han rechazado ese fallo, optando volver a las conclusiones de *Túnez y Marruecos*. Por ejemplo, en *Barcelona Traction* la CIJ determinó que, en el caso de las personas jurídicas, el Estado bajo cuyas leyes éstas fueron constituidas es el que tiene la capacidad de ejercer protección diplomática en su nombre⁴¹. Una cámara de la misma Corte sostuvo una posición similar en *ELSI*⁴², mientras que la Corte en pleno lo hizo en *Diallo*⁴³. En el caso de personas naturales, el principal rechazo a la conclusión de *Nottebohm* ocurrió en *LaGrand*⁴⁴, en el cual la Corte aceptó una adscripción de nacionalidad meramente formal en la que no había mayores vínculos sociales o psicológicos (de hecho, los hermanos LaGrand ni siquiera sabían que poseían nacionalidad alemana)⁴⁵.

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) también rechazó explícitamente la teoría del vínculo genuino establecida en *Nottebohm*. En su Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática⁴⁶ optó por la solución clásica: reenviar el asunto al Derecho interno⁴⁷. Asimismo, la CDI aborda el tema de la determinación de la nacionalidad de personas jurídicas, atribuyéndoles la nacionalidad del Estado en que fueron creadas⁴⁸. Sin embargo, los Artículos también establecen una serie de mecanismos —como el centro de control, falta de actividades comerciales efectivas o ubicación de la sede social⁴⁹—para rechazar adscripciones de nacionalidad meramente formales. Aunque eso parezca a primera vista, sería una conclusión errada. El objetivo que buscaba la CDI, como se evidencia en el comentario al Proyecto de

⁴⁰ Para un análisis de estas críticas, *vid. supra*, n. 36.

⁴¹ *Barcelona Traction*, *loc. cit.*, p. 42. L. Levy, *La nationalité des sociétés*, París, LGLJ, 1984, p. 125. Con referencia al caso concluyó que “*la Court internationale de justice consacre... la détermination de la nationalité des sociétés par le droit interne concerne*”.

⁴² *Case Concerning Elettronica Sicula, S.p.A.*, (U.S. v. Italy), 1989 I.C.J. 15, 23 (July, 20).

⁴³ *Diallo*, *op. cit.*, p. 605.

⁴⁴ *Lagrand. Case* (Ger. v. U.S.), 2001 I.C.J. 466 (Jun. 27).

⁴⁵ *Counter-Memorial of the United States, Lagrand. Case* (Ger. v. U.S.), 2001 I.C.J. 466 (Jun. 27), p. 7.

⁴⁶ International Law Commission, “Draft Articles on Diplomatic Protection, with Commentaries Thereto”, en *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, Part Two, 2006. (El Proyecto de la CDI).

⁴⁷ *Proyecto de la CDI*, *op. cit.*, art. 4.

⁴⁸ *Proyecto de la CDI*, *op. cit.*, art. 9.

⁴⁹ *Proyecto de la CDI*, *op. cit.*, p. 52.

Artículos, no es impedir u obstaculizar que las personas jurídicas puedan recibir protección diplomática, sino, por el contrario, optimizar las posibilidades de que la obtengan⁵⁰.

Por último, la teoría del vínculo genuino sufrió otro revés importante a través de la Convención Europea sobre nacionalidad⁵¹. Ratificando el paradigma tradicional sobre la nacionalidad planteado en el derecho internacional público, el Convenio Europeo plantea que los Estados, mientras se mantengan dentro de los límites establecidos por el Derecho internacional, estos pueden regular la nacionalidad a través de su ordenamiento jurídico interno, de la manera que mejor consideren.

3. La flexibilización de las limitaciones jurisdiccionales basadas en la nacionalidad

Uno de los principales desarrollos en la regulación internacional de la nacionalidad es la reducción de las limitaciones a la jurisdicción personal basadas en la nacionalidad de cortes y tribunales internacionales, lo que ha resultado en una expansión de la jurisdicción personal de esas cortes y tribunales y en un incremento de las disputas que pueden ser oídas por los mismos.

Las cortes y tribunales internacionales, aprovechando el principio *kompetenz-kompetenz*, que les permite determinar el alcance de su propia jurisdicción⁵², han expandido la misma a través de interpretaciones flexibles de los instrumentos que la establecen. Un ejemplo claro de esta tendencia es el desarrollo de la regla de la nacionalidad efectiva o dominante, que resulta en una disminución de las limitaciones jurisdiccionales que enfrentan las personas con ciudadanía múltiple.

La relevancia de la nacionalidad para determinar la jurisdicción personal de tribunales internacionales se origina en la institución de la protección diplomática⁵³, que históricamente incluía las formas

⁵⁰ *Proyecto de la CDI, op. cit.*, p. 54.

⁵¹ Convenio Europeo sobre nacionalidad, Consejo de Europa, 11 de noviembre de 1997, en particular el art. 3.2°.

⁵² J.J. Barceló III, "Who Decides the Arbitrator's Jurisdiction? Separability and Competence—Competence in Transnational Perspective", *Vand. J. Transnat'l L.*, vol. 36, 2003, p. 1123, donde se trata la definición positiva del principio de competence—competence así: "arbitrators are empowered to rule on their own jurisdiction".

⁵³ Los comentarios del Proyecto de la CDI definen en el art. 1 la protección diplomática.

⁵³ Cf. E.M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad, Or, The Law of International Claims*, Nueva York, Banks Law Publishing, 1915, pp. 442–443: "the meth-

judiciales de solución de controversias. Así, la nacionalidad fue utilizada para limitar el alcance de la protección diplomática. El principio de la igualdad soberana de los Estados es de particular importancia. Ese principio prohíbe que en los casos de personas con múltiple nacionalidad uno de los Estados ejerza protección diplomática contra otro de los Estados de los cuales la persona es nacional, lo cual implica una desventaja importante para las personas con nacionalidad múltiple, en particular en relación al acceso a un foro internacional.

Sin embargo, varios tribunales arbitrales o comisiones de reclamaciones buscaron la forma de evitar la aplicación del principio de igualdad soberana a través del desarrollo del principio de la nacionalidad dominante o efectiva, que pasó a operar como una excepción al principio de la igualdad soberana de los Estados y, en consecuencia, expandió la jurisdicción personal de tales instancias. Este principio permite que personas con múltiple nacionalidad demanden internacionalmente a uno de los Estados de los cuales son nacionales siempre y cuando su nacionalidad efectiva o dominante sea la de otro de los Estados cuya nacionalidad posee. Aunque los laudos no aceptan explícitamente que el objetivo de ese principio fue expandir la jurisdicción personal de esas instancias, resulta evidente que optimizar el acceso a instancias internacionales era una motivación subyacente.

Este principio suele ser atribuido, incorrectamente, al laudo dictado por la Corte Permanente de Arbitraje en el caso *Canevaro* (Italia vs. Perú)⁵⁴, en 1912. Pero en realidad el principio fue desarrollado por primera vez 40 años antes, en el laudo del caso *Anthony Barclay*⁵⁵, dictado por la Comisión de Reclamaciones Estados Unidos–Gran Bretaña. De hecho, en ese laudo el tribunal arbitral hace referencia a la máxima alianza (*Paramount allegiance*), para determinar su jurisdicción. Asimismo, una serie de laudos dictados por las Comisiones de reclamaciones mixtas establecidas en Venezuela a comienzos del siglo XX parecieran implícitamente reconocer el principio en laudos como *Mathison*⁵⁶, *Milan*⁵⁷, *Herederos de Jean Manina*⁵⁸ y *Corvaia*⁵⁹, to-

od most frequently used to settle international pecuniary claims” y clasificó al arbitraje como uno de los métodos “amistosos”.

⁵⁴ *Canevaro* (Italy v. Peru), R.I.A.A. 397 (Perm. Ct. Arb. 1912), y para comentario académico al respecto: R. Donner, *The Regulation of Nationality in International Law*, Leyden, Martinus Nijhoff, 1994, p. 24.

⁵⁵ J.B. Moore, *op. cit.*, p. 2728.

⁵⁶ J. Ralston, *Venezuelan Arbitrations...*, *op. cit.*, p. 438.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 754–755.

⁵⁸ J. Ralston, *Report of the Mixed French Venezuelan Claims Commissions of 1902*, Washington, Government Printing Office, 1906, pp. 69–80.

dos concernientes a personas con doble nacionalidad en los que los tribunales analizaron elementos relativos a la determinación de la nacionalidad efectiva. Como es de esperarse en un sistema contencioso descentralizado, las soluciones adoptadas por distintos tribunales no fue uniforme. Así, en 1931, el tribunal que dictó el laudo *Salem*⁶⁰ (Egipto v. Estados Unidos de América) expresamente rechazó el principio; mientras que el mismo volvió a ser invocado por la Comisión de Conciliación Italo–Estadounidense en 1955, en el laudo dictado en el caso *Mergé*⁶¹ y, en el caso específico de personas con doble nacionalidad, en *Flagenheimer*⁶², en 1958.

Quizá la contribución más importante a la expansión de la jurisdicción personal de cortes y tribunales internacionales sea la del Tribunal de Reclamaciones Irán–Estados Unidos. El tratado constitutivo del Tribunal, el Acuerdo de Argel, establece que el tribunal será competente para decidir casos de nacionales iraníes contra los Estados Unidos y viceversa, pero no hace ninguna referencia a casos presentados por personas con doble nacionalidad Iraní–Estadounidense. El Tribunal tuvo que enfrentar esa situación en el caso *A-18*, donde decidió aplicar el principio de la nacionalidad dominante para afirmar su competencia para decidir el caso⁶³. Esta decisión es meritoria: al ampliar la competencia personal del tribunal, permitió al demandante acceder a lo que probablemente era la única instancia viable a su disposición, optimizando así el acceso a la jurisdicción internacional.

Por último, el arbitraje de inversión ha tenido que lidiar con casos relativos a personas con nacionalidad múltiple. Tribunales arbitrales de inversión han tenido que enfrentar situaciones en las que la parte demandante posee la nacionalidad de los dos Estados que han suscrito el TBI⁶⁴. En algunos casos, el texto del TBI expresamente excluye la

⁵⁹ J. Ralston, *Venezuelan Arbitrations...*, *op. cit.*, p. 803.

⁶⁰ *Salem (Egypt v. U.S.)*, 2 R.I.A.A. 1161, 1187 (Arbitral Tribunal 1932).

⁶¹ *Mergé (U.S. v. Italy)*, 14 R.I.A.A. 236, 246–48 (Italian–U.S. Concil. Comm'n 1955).

⁶² *Flagenheimer (U.S. v. Italy)*, 14 R.I.A.A. 327, 377 (Italian–U.S. Concil. Comm'n. 1958).

⁶³ *Iran v. United States*, Case No. A/18, 5 Iran–U.S. Cl. Trib. Rep. 251, 265 (1984).

⁶⁴ *Serafin García Armas and Karina García Gruber v. Venezuela*, UNCITRAL Case No. 2013–3, Decisión sobre jurisdicción, (15 de diciembre de 2014); *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Decisión sobre jurisdicción (Sep. 24, 2008); *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende v. Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Laudo, (8 de mayo de 2008); *Saluka Investments, B.V. v. Czech Republic*, UNCITRAL Case, Decisión sobre jurisdicción, ¶1229 (7 de mayo de 2004); *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. Slovak Republic*, UNCITRAL, Decisión sobre jurisdicción, ¶130 (30 de abril de 2010).

posibilidad de recurrir al foro arbitral cuando la demandante posee la nacionalidad de ambos Estados parte, postura que también adopta el Convenio CIADI; en otros casos, sin embargo, el texto del tratado omite el tema, o establece que el único requisito relativo a la competencia personal del tribunal es que la demandante posea la nacionalidad de *uno* de los Estados parte. Un ejemplo reciente que tuvo que hacer frente a esta última opción fue el laudo dictado en *Serafín García Armas vs. Venezuela*, donde el demandante, que poseía nacionalidad española y venezolana, acudió al arbitraje de inversión bajo el TBI España–Venezuela. El tribunal arbitral concluyó que era competente para conocer la demanda por dos razones: primero, porque la nacionalidad española de la demandante, aunque considerada una nacionalidad *meramente formal*, era válida bajo el Derecho interno aplicable (el Derecho español)⁶⁵; segundo, porque, a diferencia de otros TBI, el TBI España–Venezuela no excluía la competencia de los tribunales arbitrales para conocer controversias en las que la demandante poseía la nacionalidad de ambos Estados. Al no haber una prohibición expresa en el tratado, el tribunal concluyó que no podía incluir condiciones adicionales ausentes del texto del mismo.

Este breve repaso a la jurisprudencia internacional ilustra cómo, a través de la flexibilización de reglas procesales relativas a la competencia, se logró aumentar las posibilidades de acceso a la jurisdicción internacional. Así, las consecuencias procesales del principio de igualdad soberana de los Estados han desaparecido. Hoy día una persona es capaz de demandar internacionalmente a un Estado cuya nacionalidad poseía, algo que, hace menos de un siglo, era impensable.

IV. La regulación de la nacionalidad en el arbitraje de inversión

Para acudir al arbitraje de inversión suele ser necesario tener una nacionalidad específica —la de uno de los Estados parte al TBI—. Dada la diversidad de TBI que establecen la posibilidad de acudir ante tribunales arbitrales de inversión, y las posibles variaciones en los términos utilizados en cada uno de ellos, un estudio pormenorizado de cada tratado escapa del ámbito de este trabajo. Sin embargo, un gran número de estos casos están dentro del marco del Convenio CIADI, por lo que el mismo puede servir como base representativa para analizar los requisitos jurisdiccionales de los tribunales arbitra-

⁶⁵ *Serafín García Armas, op. cit.*, parra. 200.

les de inversión. La jurisdicción de estos tribunales arbitrales está sujeta a una doble limitación: en cuanto a la materia, la controversia debe versar sobre una *inversión*⁶⁶; en relación a la persona, la demandante debe cumplir con los requisitos sobre nacionalidad establecidos en el art. 25.2º del Convenio y, de ser aplicable, con los establecidos en el TBI. Dicho artículo establece las reglas para determinar la nacionalidad de personas naturales y jurídicas:

“2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:

a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud... la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero”.

En efecto, el literal (a) y el primer aparte del literal (b) del artículo 25 del Convenio hacen referencia a un criterio meramente formal, dejando cualquier tipo de determinación sustantiva a cargo de cada Estado. Por otro lado, el segundo aparte del art. 25(b) menciona, por vía de excepción, una prueba basada en elementos fácticos (control extranjero), la cual permite a personas jurídicas incorporadas en un Estado parte pero cuyo control está en manos extranjeras demandar a dicho Estado ante el Centro.

La norma del segundo aparte del art. 25(b) es problemática⁶⁷. Particularmente porque, como señala A.C. Sinclair, puede llevar a algu-

⁶⁶ Los criterios para considerar que una actividad económica constituye una inversión han sido desarrollados por la jurisprudencia arbitral, *vid. Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania*, ICSID Caso No. ARB/94/2, Decisión sobre jurisdicción, ¶ 3. (24 de diciembre de 1996); *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD, v. Malaysia*, ICSID Caso No. ARB/05/10, Decisión sobre jurisdicción ¶¶ 70–85 (17 de mayo de 2007) y la Decisión sobre Anulación, ¶¶ 74–81 (16 de abril de 2009). Estos laudos analizan detalladamente el concepto de “inversion” previamente desarrollado en la laudo *Salini*.

⁶⁷ M. Burgstaller, por ejemplo, considera que “*while the traditional criteria of incorporation or seat are used to determine corporate nationality, one may nevertheless detect a tendency towards looking for the true controllers*”, *cf.* M. Burgstaller, “Nationality of Corporate Investors and International Claims against the Investor’s Own State”, en *J. World Investment & Trade*, vol. 7, 2006, p. 860; al respecto, ver también el planteamiento de A. Badia, *Piercing the Veil of Investors in Nationality Claims, in Piercing the Veil of State Enterprises in International Arbitration*, Nueva York, Kluwer Law International,

nos a olvidar su carácter excepcional y a extrapolar una norma de carácter general a partir de la misma⁶⁸. Lejos de ser un requisito uniforme, la prueba de control extranjero sólo es aplicable en aquellos casos en los que una persona jurídica pretenda someter al Centro una diferencia contra el Estado de su nacionalidad —lo cual, de conformidad con la regla general establecida en el art. 25, no es posible—.

A pesar de incluir disposiciones sobre la nacionalidad, el Convenio CIADI sólo busca establecer un límite objetivo mínimo al tipo de controversias que pueden ser sometidas al Centro⁶⁹. En palabras de A. Broches, el principal “arquitecto” del Convenio, el objetivo era implementar una normativa relativa a la nacionalidad más flexible que la adoptada en el ámbito de la protección diplomática⁷⁰ (que en aquel momento se encontraba sometida a la teoría del vínculo genuino elaborada por la CIJ en *Nottebohm*)⁷¹.

Al igual que como ocurre en el caso del Derecho internacional público, no debe confundirse la ausencia de criterios sustantivos específicos con la ausencia de normas jurídicas aplicables. El Convenio CIADI no establece una regulación concreta de la nacionalidad en buena medida porque los Estados parte tienen dos oportunidades

2014, p. 137, quien asume una postura similar, argumentando que “*Treaties generally define the nationality of corporate investors by the place of incorporation. Just by incorporating a company in a Member State, an investor of a non-Member State would, in principle, benefit from the safety net of the treaty in question. In the case of groups, all what it takes is hanging a new subsidiary from the parent or holding company. This practice, known as ‘treaty shopping’, does not tune in with the flows of capital, and the boost of wealth investment treaties are often committed with. So, very often, the mere incorporation of a company, without more, is insufficient to attract treaty protection*”. Discrepo de esta posición, ni árbitros ni comentaristas deberían introducir palabras adicionales al texto del TBI que no fueron incluidas por los Estados que lo suscribieron.

⁶⁸ A.C. Sinclair, “ICSID’s Nationality Requirements”, *ICSID Review*, vol. 23, 2008, p. 110 y *Burgstaller, op. cit.*, p. 857. Algunos laudos arbitrales de inversión han abordado el tema: *Camuzzi International S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/2, Decisión sobre las objeciones a la jurisdicción, ¶¶ 30 ss (11 de mayo de 2005); *Sempra Energy International v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16, Decisión sobre jurisdicción, ¶¶ 40–41 (11 de mayo de 2005); y *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp., y LG&E International, Inc. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decisión sobre jurisdicción, ¶ 51 (30 de abril de 2004).

⁶⁹ Algunos tribunales arbitrales de inversión han llegado a esta conclusión, *cf. Vacuum Salt Products Ltd. v. Ghana*, ICSID Case No. ARB/92/1, Laudo, (16 de febrero de 1994) y *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Decisión sobre las objeciones preliminares sobre jurisdicción y admisibilidad (18 de abril de 2008).

⁷⁰ Reporte de los directores ejecutivos de la Convención, disponible en: A.R. Parra, *The History of ICSID*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 579–582.

⁷¹ A. Broches, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”, *Recueil des Cours*, t. 136, 1972, pp. 343.

para aplicar los criterios de su elección⁷². La primera de esas oportunidades se da en el ordenamiento jurídico interno, en la cual cada Estado puede establecer las normas que regirán la adquisición y pérdida de su nacionalidad, optando por el grado de rigidez o flexibilidad que consideren adecuado. La segunda oportunidad transcurre en el plano del derecho internacional, al momento de suscribir un TBI⁷³. Al negociar, redactar y suscribir un TBI los Estados tienen la posibilidad de incluir estipulaciones específicas respecto a la nacionalidad.

Esto permite que, de ser el caso, la nacionalidad esté regulada de forma divergente en los ordenamientos interno e internacional. Por ejemplo, un Estado podría adoptar una regulación muy flexible y formal sobre la adquisición de su nacionalidad en su ordenamiento jurídico interno, y al mismo tiempo requerir la existencia de ciertos vínculos fácticos para fines de un TBI. Aunque existen algunos laudos divergentes, la tendencia mayoritaria apunta a que, para satisfacer los requisitos de jurisdicción personal bajo un TBI es necesario que la demandante cumpla con los requisitos establecidos tanto en el ordenamiento jurídico interno como en el TBI⁷⁴. E incluso hay otra forma de regular la nacionalidad, directamente en el TBI: mediante la inclusión de cláusulas de denegación de beneficios⁷⁵, las cuales permiten a

⁷² A.C. Sinclair, *op. cit.*, p. 64 y C. H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, párras. 429 y 460.

⁷³ Al respecto, el tribunal arbitral que dictó el laudo del caso *Gold Reserve Inc. v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Laudo, (22 de septiembre de 2014), concluyó que: “*The Canada–Venezuela BIT is clear – the criterion an investor must satisfy involves the place of incorporation: any enterprise incorporated or duly constituted in accordance with applicable laws of Canada. The Parties could have chosen to include a “genuine link” test or a “management” test, but did not. The Tribunal cannot read these criteria into the BIT*”, p. 49.

⁷⁴ Cf. A. Broches, *op. cit.*, p. 361 y Schreuer, *op. cit.*, parra. 426.

⁷⁵ K.J. Vandeveld, “The Bilateral Investment Treaty Program of the United States”, en *Cornell Int’l L.J.*, vol. 21, 1988, pp. 202–206 y H. Walker Jr., “Provisions on Companies in United States Commercial Treaties”, *Am. J. Int’l L.*, vol. 50, 1956, p. 373. Los Estados Unidos de América continúan incluyendo cláusulas de denegación de beneficios en su TBI modelo:

Article 17: Denial of Benefits:

1. *A Party may deny the benefits of this Treaty to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if persons of a non-party own or control the enterprise and the denying Party: (a) does not maintain diplomatic relations with the non-Party; or (b) adopts or maintains measures with respect to the non-Party or a person of the non-Party that prohibit transactions with the enterprise or that would be violated or circumvented if the benefits of this Treaty were accorded to the enterprise or to its investments.*

2. *A Party may deny the benefits of this Treaty to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if the enterprise has no substantial business activities in the territory of the other Party and persons of a*

un Estado negar conferir los beneficios del TBI a aquellas personas naturales o jurídicas que carezcan de suficientes vínculos con dicho Estado. Esta es una forma de rechazar expresamente las nacionalidades de conveniencia. La popularidad de este tipo de cláusulas ha aumentado considerablemente⁷⁶.

La estructura de este sistema no solo es compatible con el Derecho internacional público, sino que también garantiza que, en un tema tan delicado y vinculado con la soberanía, los Estados retengan la flexibilidad necesaria para determinar ellos mismos las condiciones para conferir su nacionalidad.

A pesar de la popularidad de las cláusulas de denegación de beneficios, es necesario hacer un comentario sobre las ventajas de las reglas claras y formales respecto a la nacionalidad. Y es que, a pesar de su aparente simplicidad —o quizá en virtud de ello—, tales reglas están más sincronizadas con las necesidades contemporáneas; en el caso de las personas naturales, el incremento de la aceptación de las nacionalidades múltiples, aunado a la mayor movilidad de la fuerza laboral y la deterritorialización de buena parte de la actividad económica implican que cada vez sea más difícil identificar los vínculos sociales y psicológicos de apego mencionados en *Nottebohm*⁷⁷. Una persona puede poseer la nacionalidad de un Estado A por el mero hecho de haber nacido dentro de su territorio; pero, a la vez, ser un nacional de un Estado B por motivo de la nacionalidad de sus padres y la operación del *ius sanguinis*; y, sin embargo, optar por adquirir la nacionalidad de un Estado C mediante naturalización, por motivo de haber

non-Party, or of the denying Party, own or control the enterprise" <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>. Adicionalmente, P. Pinsolle, por ejemplo, considera que la cláusula de denegación de beneficios del ECT "*is intended to protect contracting parties from abuse of the ECT by the nationals of non-contracting parties. It is not intended to deprive from treaty protection nationals of the host state*". Exceptuando el uso del término "abuso", concuerdo con ese análisis, cf. P. Pinsolle, "Selected Nationality Issues in ECT Arbitration", *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, p. 972.

⁷⁵ El art. 9 del Proyecto de la Asociación Transatlántica para el comercio y la inversión, establece que: "*A Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of the other Party that is an enterprise of that Party and to investments of that investor if: (a) the investors of a non-Party owns or controls the enterprise*". http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf.

⁷⁶ TBI firmados por Canadá, México, Japón, Korea, China, Australia, Nueva Zelanda, Perú, Líbano y Austria incluyen cláusulas de denegación de beneficios. Asimismo, éstas también han sido incluidas en tratados multilaterales como el ECT y el Tratado de libre comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y la República Dominicana.

⁷⁷ *Vid.* P.A. De Miguel Asensio, "El DIPr ante la globalización", *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 42–48.

transcurrido la mayor parte de su vida en dicho Estado. Este tipo de situaciones, otrora consideradas anomalías, son cada día más frecuentes.

Y la situación se agudiza en el caso de las personas jurídicas. Consideremos, por ejemplo, las compañías que cotizan en mercados bursátiles. Intentar determinar su nacionalidad con base en la de sus accionistas puede ser una tarea prácticamente imposible, pues estos bien pueden estar dispersos a lo largo del mundo. O, por otro lado, ¿cómo se puede determinar la nacionalidad de una ONG transnacional? Mientras la junta directiva puede reunirse en un Estado, la mayor parte de las operaciones pueden realizarse en otro continente. Igual sucede con la economía digital, que frecuentemente puede incluso ser totalmente desterritorializada y, por ende, carecer de cualquier tipo de sustrato material. En esos casos ¿qué tipo de vínculos materiales deben tomarse en cuenta para determinar la nacionalidad de tales personas? De cara a estos problemas, quizá la simple certeza del formalismo sea la mejor opción.

V. Nacionalidades de conveniencia, acceso al arbitraje de inversión y la solución basada en la determinación del Derecho aplicable

Una vez aclarada la forma en que está regulada la nacionalidad en el derecho internacional, es necesario analizar concretamente si la problemática generada por las nacionalidades de conveniencia puede ser resuelta mediante la determinación del derecho aplicable. No obstante, utilizar una nacionalidad de conveniencia para acceder al arbitraje de inversión ha sido controversial, particularmente en aquellos casos en que la empresa de maletín es controlada por personas que poseen la nacionalidad del Estado demandado⁷⁸. El tribunal arbitral

⁷⁸ Esta práctica ha sido peyorativamente llamada "*round tripping*". Cf.: M Sonarajah, "Good Faith, Corporate Nationality, and Denial of Benefits", en A. Mitchell, M. Sornarajah y T. Voon (eds.), *Good Faith and International Economic Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 124–125, quien afirma que: "*A home state is unlikely to want to protect a postbox company or a company that is incorporated for the fraudulent purpose of obtaining standing under an investment treaty through round-tripping. Equally, the host state will not want to recognize companies whose intentions are fraudulent and in no way benefit the host state*". Pero este autor pareciera suscribir una concepción romántica sobre la nacionalidad, similar a la expuesta por la CIJ en *Nottebohm* (y que luego fue rechazada abrumadoramente por la jurisprudencia internacional), luego afirma que: "*Unlike a physical person whose loyalties and ties to the state demonstrate citizenship of*

que decidió el caso *Tokio Tokelés* tuvo que enfrentarse precisamente a esa situación, lo que llevó a que el presidente del tribunal, el profesor Prosper Weil, salvara su voto (en términos bastante contundentes) y eventualmente renunciara del tribunal⁷⁹.

Es importante recalcar que este análisis no se enfoca en las controversias previstas por el art. 25.2º.b) Convenio CIADI; es decir, aquellas disputas en las que la parte demandante es una persona jurídica de la nacionalidad del Estado demandado, pero controlada efectivamente por personas de la nacionalidad del otro Estado parte del TBI. Asimismo, las disputas relacionadas al nivel de control que ejercen los accionistas minoritarios en una persona jurídica de la nacionalidad del Estado demandado tampoco son el objeto de este estudio⁸⁰. Por último, hay que aclarar que, dado el texto del Convenio CIADI, el análisis de la licitud de las nacionalidades de conveniencia está, en líneas generales, restringido a personas jurídicas. Aunque esto pareciera representar una desventaja para las personas naturales⁸¹, el Derecho internacional ha optado por regular de distinta forma la nacionalidad de personas físicas y jurídicas (piénsese en los distintos baremos utilizados en casos como *Nottebohm* y *Barcelona Traction*).

the state, mere incorporation in that state is sufficient for a corporation to acquire nationality of that state" p. 127.

⁷⁹ P. Weil afirmó que estaba en desacuerdo con la "filosofía del laudo", pues: "[T]he ICSID mechanism and remedy are not meant for, and are not to be construed as, allowing—even less encouraging—nationals of a State party to the ICSID Convention to use a foreign corporation, whether pre-existent or created for that purpose, as a means of evading the jurisdiction of their domestic courts and the application of their national law. It is meant to protect—and thus encourage—international investment". *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decisión sobre jurisdicción (29 de abril de 2004), reimpreso en *ICSID Rev.—Foreign Investment L.J.*, vol. 20, 2005 (voto salvado de Prosper Weil), p. 3.

⁸⁰ *Camuzzi International S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/2, Decisión sobre objeciones a la jurisdicción, ¶ 34. (11 de mayo de 2005); *Vacuum Salt Products Ltd. v. Ghana*, ICSID Case No. ARB/92/1, Award, ¶ 53 (Feb. 16, 1994); y también: *AMCO Asia Corporation and Others v. Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decisión sobre jurisdicción (25 de septiembre de 1983); *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Decisión sobre jurisdicción (23 de septiembre de 2001), y *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal*, ICSID Case No. ARB/82/1, Decisión sobre jurisdicción (1 de agosto de 1984).

⁸¹ El Tribunal que dictó el laudo *Soufraki* aceptó esta situación al afirmar que: "[H]ad Mr. Soufraki contracted with the United Arab Emirates through a corporate vehicle incorporated in Italy, rather than contracting in his personal capacity, no problem of jurisdiction would now arise. But the Tribunal can only take the facts as they are and as it has found them to be". *Soufraki v. United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7, Decisión sobre jurisdicción (7 julio 2004), reimpreso en *ICSID Rep.*, vol. 12, 2007, p. 158, parra. 83.

El debate iniciado por el voto salvado de P. Weil en *Tokios Tokelés* puede resumirse en dos posiciones. Por un lado, hay quienes opinan, con Weil, que, a pesar de que una persona jurídica cumpla con los requisitos formales sobre nacionalidad establecidos tanto en el Convenio CIADI como en el TBI aplicable, el origen del capital o la nacionalidad de las personas naturales que controlan la persona jurídica es el factor decisivo⁸². El campo contrario arguye que los requisitos relativos a la nacionalidad de la demandante están establecidos en el art. 25 Convenio CIADI, en el TBI aplicable y, de así establecerlo el TBI, mediante reenvío al Derecho interno de uno de los Estados parte del tratado; y, por tanto, que cualquier análisis relativo a la misma debe basarse en los términos establecidos en el Derecho aplicable, no en la adición de requisitos adicionales (como control fáctico u origen del capital)⁸³.

Visto en abstracto, un problema fundamental con el argumento de Weil y sus seguidores es que parte de un supuesto incorrecto: que el Derecho internacional regula de forma unívoca y sustantiva la nacionalidad. Cuando Weil considera que, a pesar de cumplir con los requisitos sobre nacionalidad establecidos en el Derecho aplicable, la demandante en *Tokios Tokelés* no satisfacía los requisitos sobre competencia personal, está afirmando, implícitamente, que sólo hay una forma para regular la nacionalidad de las personas jurídicas: a través de una prueba de control fáctico —una premisa que carece de respaldo en el Derecho internacional y que además niega la discrecionalidad que éste otorga a los Estados para regular esa materia—. En efecto, un tribunal arbitral que pretende adoptar esta posición estaría usurpando la potestad de determinar cuáles son los requisitos para considerar una atribución de nacionalidad como válida, potestad que el Derecho internacional reserva a los Estados.

Aunque el tema continúa siendo controversial, una mayoría de los tribunales arbitrales de inversión han decidido resolver cualquier controversia respecto a la nacionalidad sobre la base de lo dispuesto en el Derecho aplicable (generalmente el TBI en sí o el Derecho interno de uno de los Estados parte). No obstante, esto no quiere decir

⁸² M. Sornarajah, *Good Faith...*, *op. cit.*, "the rule that incorporation alone is sufficient to create nationality in the corporation lends itself to abuse". A pesar de que este autor tiene una marcada preferencia por el criterio de sede social, el Derecho internacional sigue reconociendo el sitio de incorporación como el principal criterio para determinar la nacionalidad de las personas jurídicas.

⁸³ En el laudo dictado en el caso *ADC Affiliate Limited and ADC/ADMC Management Limited v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Laudo, ¶ 357, (2 de octubre de 2006) el tribunal concluyó que la materia estaba resuelta de manera no ambigua.

que en todos los casos las nacionalidades de conveniencia satisfagan los requisitos sobre competencia personal para acceder al arbitraje de inversión bajo el TBI; sólo significa que las mismas satisfarán los requisitos jurisdiccionales cuando sean consideradas válidas por el Derecho aplicable. Así, la determinación correcta del Derecho aplicable para determinar la validez de una adscripción de nacionalidad —y, su consiguiente aplicación— permiten disponer del problema creado por la utilización de nacionalidades de conveniencia sin necesidad de invocar la doctrina del abuso de derecho.

En efecto, varios tribunales arbitrales han reconocido que, cuando el Derecho aplicable no establece requisitos sustantivos, una nacionalidad de conveniencia es válida⁸⁴. Sin embargo, otros tribunales han llegado a la conclusión opuesta cuando el Derecho aplicable sí contiene requisitos sustantivos⁸⁵. Por ejemplo, tribunal que decidió *Société Civile Immobilière de Gaëta* declinó su competencia personal al determinar que el Derecho aplicable (Derecho interno francés) requería conexiones sustantivas más profundas que el mero registro de una compañía⁸⁶.

⁸⁴ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Decisión sobre jurisdicción (7 de mayo de 2004). *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Decisión sobre jurisdicción (18 de abril de 2008) ¶ 83, considerando que la regulación de la nacionalidad quedaba a la libre elección de los Estados parte al TBI aplicable y recalando que ambos habían acordado utilizar el criterio del lugar de incorporación; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russia*, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, ¶ 411 y ss, (30 de noviembre de 2009), afirmando que: "The Tribunal agrees... that in order to qualify as a protected Investor under Article 1(7) of the ECT, a company is merely required to be organized under the laws of a Contracting Party"; *Mobil Cerro Negro Holding, Ltd. et al v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, Decisión sobre jurisdicción, ¶ 204 (10 de junio de 2010); *Gold Reserve Inc. v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Laudo, ¶¶ 251–252, (22 de septiembre de 2014).

⁸⁵ *KT Asia Investment Group B.V. v. Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/09/8, Laudo, ¶ 121 (17 de octubre de 2013); *Charanne and Construction Investments S.A.R.L. v. Spain*, SCC Case No. 062/2012, Laudo, ¶¶ 414–415, (21 de enero de 2016); *Soufraki v. United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7, Decisión sobre jurisdicción (7 de julio de 2004) ¶ 83; *Alps Finance and Trade AG v. Slovak Republic*, Investment ad hoc Arbitration, Laudo (partes omitidas), ¶¶ 224–226, (5 de marzo de 2011); *Yaung Chi Oo Trading Pte. Ltd. v. Myanmar*, ASEAN I.D. Case, No. ARB/01/1, Laudo, ¶ 52, (31 de marzo de 2003); *Société Civile Immobilière de Gaëta v. Guinea*, ICSID Case No. ARB/12/36, Laudo, ¶¶ 136–145 and ¶¶ 168–182 (21 de diciembre de 2015); *Guardian Fiduciary Trust, Ltd. f/k/a/ Capital Conservator Savings & Loan, Ltd v. FYR Macedonia*, ICSID Case No. ARB/12/31, Laudo, ¶¶ 136–139, (22 de septiembre de 2015), aunque en este último caso la controversia versaba sobre la demostración de ejercicio de control sobre un *trust*.

⁸⁶ *Société Civile Immobilière de Gaëta*, *loc. cit.*

Aunque estos resultados son dispares, no son arbitrarios ni caprichosos. Son producto de una metodología constante y uniforme. Y, más importante aún, todos alcanzan el resultado correcto determinado por el Derecho aplicable al caso concreto. La diferencia en resultados se debe a las diferencias en el Derecho material aplicable; a la flexibilidad que el Derecho internacional concede a los Estados para regular la adscripción de nacionalidad. Por consiguiente, estos pueden optar por una regulación meramente formal, basada en el lugar de incorporación o registro, o por requerir la existencia de una mayor vinculación fáctica a través de criterios como la sede social o del principal centro o núcleo de intereses. Asimismo, la flexibilidad del Derecho internacional permite que los Estados específicamente rechacen las nacionalidades de conveniencia mediante la incorporación de cláusulas de denegación de beneficios en sus TBI.

VI. La restricción del ámbito de aplicación del abuso de derechos

La segunda alternativa para abordar el problema causado por la utilización de nacionalidades de conveniencia es la aplicación restringida de la doctrina del abuso de derecho, reinsertando en la misma los elementos clásicos del daño e intención subjetiva. Aunque recurrir al abuso de derecho para invalidar una atribución de nacionalidad sea novedoso en el arbitraje de inversión⁸⁷, la idea es vieja; de hecho, fue uno de los argumentos que usó Nicaragua en el caso *Nottebohm* para cuestionar la competencia de la Corte⁸⁸. En el campo del arbitraje de

⁸⁷ M. Ryan, "Gaillard on Tackling Abuse of Process", en *Global Arbitration Review*, 21 de julio de 2015, el artículo, que reseña una conferencia dictada por Emanuel Gaillard, señala que "*Gaillard said that investment treaty arbitration is susceptible to similar abuses. Where an investment in a host state is made through a chain of companies incorporated in different states, companies at different levels of the corporate chain which are protected under different investment treaties, and possibly the local company under foreign control, might bring multiple claims against the host state in relation to the same interests*".

⁸⁸ Durante la audiencia oral del caso *Nottebohm* Henri Rolin, representante de Guatemala, afirmó que: "*En octroyant cette naturalisation, suivant des modalités que sa loi elle-même répute exceptionnelles, et en conférant ainsi, sans motif plausible, à un ressortissant belligérant un statut de ressortissant neutre, le Liechtenstein a agi en violation des principes généralement suivis en matière de nationalité et s'est rendu coupable d'un abus de droit, sinon d'une fraude*", p. 226. Nótese, sin embargo, que durante las mismas audiencias orales, Sauser-Hall, representante de Liechtenstein, firmó que el daño es un elemento indispensable del abuso de derechos: "*L'abus de droit ne constitue jamais un acte illicite, et c'est pourquoi, pour être retenu cest droit des gens, comme en droit civil d'ailleurs, il faut qu'il cause un dommage à un autre sujet de droit. Les Romains ont*

inversión, cuatro laudos relativamente recientes han aplicado, o han tratado de aplicar, la teoría del abuso de derechos: *Phoenix Action*, *Mobil Oil*, *Pac Rim* y *Levy Grencitel*.

A pesar de que los cuatro laudos nominalmente aplican o hacen referencia a la teoría del abuso de derecho, hay diferencias importantes en el razonamiento aplicado. Solo uno de ellos, *Phoenix Action*⁸⁹, rechazó expresamente las nacionalidades de conveniencia, al considerarlas como un abuso de derecho. Sin embargo, esta conclusión es aislada. Es posible que las muy particulares (y moralmente repulsivas) circunstancias del caso hayan contribuido a su aislamiento.

Los otros tres laudos optaron por una solución distinta: se enfocaron en el momento de adquisición de la nacionalidad de conveniencia para determinar si había ocurrido un abuso de derechos. Adicionalmente, estos tribunales mencionaron de forma oblicua que en el estado actual del Derecho internacional de protección de inversiones, las nacionalidades de conveniencia son válidas. El tribunal que dictó el laudo *Mobil Oil*, presidido por Gilbert Guillaume, antiguo juez y presidente de la CIJ, abordó el tema de forma categórica:

“Como dice la demandante, el objetivo de la reestructuración de su inversión en Venezuela a través de un *holding* holandés era proteger esa inversión contra posibles violaciones a sus derechos cometidas por las autoridades venezolanas obteniendo acceso al arbitraje de inversión bajo el TBI. El Tribunal considera que esta es una finalidad perfectamente legítima en la medida en que concierna a controversias futuras”⁹⁰.

El problema, sin embargo, es cuando el cambio de la nacionalidad (o la obtención de la nacionalidad de conveniencia) ocurre *después* de que surja la controversia o, en palabras del laudo *Pac Rim*, cuando la

*dit : (Celui qui use de son droit ne lèse personne une proposition qui a été cornpletée en droit moderne par l'adage : ((Celui qui, dans l'usage de son droit, lèse quelqu'un, sans véritable utilité pour lui-même, sans intérêt, abuse de son droit. Sans lésion, pas d'abus de droit. Remarquez qu'il en est d'ailleurs de même pour l'acte internationalement ill-cite, la fraude ; elle ne peut donner lieu A une action en responsabilité de l'Etat que si un dommage a été causé. Sans dommage, pas d'intérêt, et sans iritéret, pas d'action", p. 349, en Minutes of the Hearings Held from February 10th to 24th and from March 2nd to 8th and on April 6th, 1955, in *Nottebohm* (Liech. v. Guat.), Second Phase, 1955 I.C.J. 4 (Apr. 6).*

⁸⁹ *Phoenix Action Ltd.*, *loc. cit.*, parra. 144.

⁹⁰ *Mobil Cerro Negro Holding, Ltd. et al v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, Decisión sobre jurisdicción (10 de junio de 2010) ¶ 204. Y, similarmente, *cf. Tidewater et al v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/5, Decisión sobre jurisdicción (8 de febrero de 2013), ¶ 184, señalando que: “*it is a perfectly legitimate goal, and no abuse of an investment protection treaty regime, for an investor to seek to protect itself from the general risk of future disputes with a host state in this way*”.

demandante puede “prever que hay altas probabilidades de una controversia futura.” Lo esencial, pues, es el momento de adquisición de la nacionalidad de conveniencia: cuando esta ocurre con suficiente antelación, es válida y el tribunal arbitral de inversión será competente; en cambio, cuando la misma ocurre después de la controversia, o cuando ésta es inminente, el uso de la nacionalidad de conveniencia debe ser rechazado por constituir un abuso de derechos.

Estas conclusiones son razonables. Una nacionalidad de conveniencia adquirida después de que exista una controversia entre las partes puede ser considerada como una práctica análoga a la búsqueda del foro más conveniente (*forum shopping*). No obstante, justificar esa conclusión en la aplicación de la doctrina del abuso de derechos es un error recurrente y sistemático en el que han incurrido los tribunales arbitrales de inversión.

La aplicación errónea de la teoría del abuso de derecho tiene varios riesgos⁹¹. El abuso de derecho requiere que el derecho en cuestión sea utilizado de forma que cause un daño en la otra parte (elemento objetivo) o, por lo menos, que haya una intención subjetiva de causar un daño. Así lo reconocen la mayoría de los ordenamientos jurídicos domésticos que reconocen la validez de esa teoría (el Derecho civil suizo es una excepción). De hecho, el caso que cimentó la aplicación de la teoría del abuso de derecho en la jurisprudencia francesa, el *Affaire Clément–Bayard*⁹², enfatiza que la única finalidad perseguida por la parte demandada era causar un daño al aeropuerto vecino impidiendo su funcionamiento.

En el ámbito del Derecho europeo, la aplicación de la teoría del abuso de derecho ha sido más ambigua. El Tribunal de Justicia de

⁹¹ También sería un error considerar que la adquisición de una nacionalidad de conveniencia es ineludiblemente de mala fe. Al respecto, cf. S.W. Schill y H.L. Bray, “Good Faith Limitations on Protected Investments and Corporate Structuring”, en A. Mitchell, M. Sornarajah y T. Voon (eds.), *Good Faith and International Economic Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 105: “*Good faith has a very small, if any, role to play in controlling nationality planning at the pre–investment stage. There is nothing per se legal or improper with an investor strategically organizing its investment in ways that maximize protection under an applicable investment treaty*”; y también. C.H. Schreuer, “Nationality Planning”, en Arthur Rovine (ed.) *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, Nueva York, Martinus Nijhoff, 2013, p. 17: “*The establishment of companies so as to obtain benefits from domestic law and treaties is neither unethical nor illegal and is standard practice in international economic relations. Nationality planning has become as much a standard feature of diligent management as tax planning*”.

⁹² Cass. Req., 3 de agosto de 1915, D.P. 1917.I.79 y Trib. Civ. Compiègne, 19 de febrero 1913, D.P. 1913.II.177, p. 181.

Unión Europea (TJUE) desarrolló un baremo para determinar la comisión de un abuso de derecho en la sentencia *Emsland–Stärke GmbH v. Hauptzollamt Hamburg–Jonas*⁹³ (y luego en casos tributarios como *Cadbury*⁹⁴, *Halifax*⁹⁵ y *Mark & Spencers*⁹⁶). El baremo consta de dos elementos, uno objetivo: que no se alcancen los objetivos de las reglas de Derecho comunitario; otro subjetivo, la intención de obtener alguna ventaja establecida por el ordenamiento comunitario a través de la creación artificial de las condiciones establecidas para su obtención. Como señalan algunos autores, el elemento objetivo del baremo establecido por el Tribunal es de marcado carácter finalista, pues hace énfasis en los objetivos perseguidos por la norma comunitaria y en si estos han sido alcanzados o no. Aunque el TJUE no hace mención expresa al elemento del daño, todas las situaciones en las que ha aplicado el principio del abuso de derecho han implicado un tipo de daño. *Emsland–Stärke*⁹⁷ implicaba la obtención indebida de un subsidio. Asimismo, en los casos tributarios el principio se ha aplicado en situaciones en las que se pretende algún tipo de evasión fiscal.

A pesar del reconocimiento expreso y la aplicación directa de la teoría del abuso de derecho, el TJUE se ha negado a aplicar dicho principio en el campo del DIPr y el Derecho civil internacional. Así, en el caso *Erich Gasser GmbH v MISAT srl*⁹⁸ el Tribunal aceptó la validez de la conducta de una de las partes que, con miras a entorpecer una posible transacción, interpuso una demanda ante un tribunal que sabía carecía de competencia para conocer la misma⁹⁹. Aunque no hay una explicación concreta de por qué el TJUE ha evitado extender la aplicación del principio del abuso de derecho al campo del Derecho procesal civil internacional, la posición de la jurisprudencia es clara: el ejercicio de un derecho establecido en el Derecho aplicable (en este caso, la Convención de Bruselas), aun cuando es evidente que está

⁹³ Caso C–110/99 *Emsland Stärke c Jonas* [2000] ECR I–11569.

⁹⁴ Caso C–196/04 *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas* [2006] ECR I–7995 para. 51.

⁹⁵ Caso C–255/02 *Halifax plc Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd y Commissioners of Customs & Excise* [2006] ECR I–1609 para. 81.

⁹⁶ Caso C–446/03 *Marks & Spencer* [2005] ECR I–10837, para. 57.

⁹⁷ El caso ha recibido comentarios doctrinales, *vid.* R. de la Feria, “Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Creation of a New General Principle of EC Law through Tax”, *Common Market L. Rev.*, vol. 45, 2008, p. 395, también, D. Ramos, *loc. cit.*, p. 79.

⁹⁸ *Erich Gasser GmbH v MISAT srl* [ECR] I–14692; C–159/02.

⁹⁹ *Id.* parra. 53.

siendo utilizado para un fin distinto al previsto por la norma, es tolerado¹⁰⁰.

Pero la concepción clásica del abuso de derecho —ignorada por el TJUE, sin razones claras para ello— no sólo requiere que un derecho sea ejercido de forma distinta a la estipulada por el legislador, sino también que ese ejercicio del derecho genere un daño a la otra parte. No considerar este elemento es un error fundamental. La existencia de un daño puede ser probada de dos formas: mediante la prueba del elemento subjetivo (el *animus vicini nocendi*); o a través de medios objetivos, determinando si el uso del derecho era innecesario o si causaba un daño excesivo. Independientemente del método probatorio utilizado, la generación de un daño es un elemento central para la aplicación del abuso de derecho. Si no hay daño, no puede haber abuso de derechos, o eso plantea la tesis clásica.

Además de las consecuencias prácticas, omitir analizar la existencia efectiva de un daño implica —accidental o intencionalmente— tiene consecuencias dogmáticas, pues implica reconocer la validez de un paradigma relativista y finalista del derecho. Bajo ese punto de vista, desarrollado por J.L. Josserand¹⁰¹, la generación de un daño es irrelevante, pues el único elemento necesario para determinar la comisión de un abuso de derecho es que el derecho haya sido utilizado de una forma distinta a la prevista por el legislador. La teoría de la relatividad de los derechos ha sido objeto de un intenso debate, con algunos comentaristas prominentes concluyendo que la misma no ha tenido aceptación general¹⁰².

Es quizá en el Derecho civil alemán donde se observa con mayor claridad la existencia de un daño como elemento clave del abuso de

¹⁰⁰ A. Briggs, "The Rejection of Abuse in International Civil Procedure", en R. de la Feria y S. Vogenauer, *Prohibition of Abuse of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, pp.261–263 y pp. 275–276.

¹⁰¹ La teoría fue desarrollada por dicho autor en su obra: J.L. Josserand, *De l'esprit des lois et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, París, Dalloz, 1939. Hay una traducción al español: El espíritu de los derechos y su relatividad. Teleología Jurídica, (José Luis Monereo Pérez trans), Comares, 2012).

¹⁰² Hubo una fuerte oposición a la teoría dentro del ámbito civilista francés. M. Planiol, por ejemplo, era uno de los contrincantes más férreos de la misma, considerándola una logomaquia, cf. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil: conforme au programme officiel des facultés de droit*, París, LGDJ, 1928, vol. II, § 195; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, París, LGLJ, 1949; A. Colin y H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français, par Ambroise Colin et H. Capitant. Ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques (Prix Chevallier)*, vol. II, París, Dalloz, 1932, p. 365.

derecho. Así, la institución del *Schikaneverbot*¹⁰³, el antecedente conceptual más importante de la teoría del abuso de derecho, prohíbe ejercer un derecho con la única motivación de ocasionar un daño a otra persona. En efecto, uno de los pocos ordenamientos jurídicos que ha adoptado la teoría relativista de J.L. Josserand fue el soviético, que incluyó esa concepción del abuso de derecho en el Código civil de 1923, que establecía que se reconocen los derechos civiles excepto cuando estos sean ejercidos de forma contraria a su finalidad económica o social. Y, debe recordarse, el Derecho soviético exhibía una serie de similitudes con la ley marcial¹⁰⁴.

Esto no quiere decir que enfrentarse ante un posible arbitraje de inversión no pueda significar un daño para un Estado. Claro que puede: en caso de ser condenado, un Estado puede verse forzado a pagar cuantiosas indemnizaciones, o puede ver reducirse el flujo de inversiones extranjeras e, incluso si resultase victorioso, los costos judiciales probablemente serían altos. Sin embargo, de conformidad con el Derecho internacional, la interposición de una demanda arbitral ante una instancia internacional no puede considerarse como un daño. En efecto, el art. 5 de la Declaración de Manila sobre solución pacífica de controversias explícitamente reconoce que acudir ante una instancia internacional, ya sea judicial o arbitral, no es un acto reprochable¹⁰⁵. Aunado a lo anterior, debe tomarse en cuenta que, además de la existencia de un daño concreto, el abuso de derechos generalmente requiere la existencia concurrente de un elemento subjetivo, de la intención de causar un daño o de perjudicar a la otra parte. Entonces, a pesar de que un Estado pueda sufrir un daño, la conducta de interponer la demanda arbitral no representa una conducta intrínsecamente dañina.

A pesar de la importancia del daño para el principio del abuso de derechos, el Derecho internacional (a diferencia del Derecho interno) generalmente lo ha ignorado en sus discusiones al respecto. Curiosamente, los primeros laudos arbitrales que enfrentaron una situación en la que se invocaba el abuso de derechos sí consideraron la existencia de un daño como un elemento indispensable para determinar la comisión de un abuso de derechos¹⁰⁶. Asimismo, la CPJI sostuvo una

¹⁰³ BGB section 226.

¹⁰⁴ H.C. Gutteridge, *op. cit.* p. 41.

¹⁰⁵ Declaración de Manila sobre solución pacífica de controversias, (15 de noviembre de 1982).

¹⁰⁶ Por ejemplo, en *Preservation of Fur Seals* (U.K. v. U.S.), 27 R.I.A.A., 263, 266, (1893), el presidente del tribunal le preguntó al representante de una de las partes si la

posición similar en la sentencia dictada en *German Interests in Polish Upper Silesia*¹⁰⁷ y en *Free Zones of Upper Savoy*¹⁰⁸, donde debió analizar la aplicación de un impuesto aduanal en zonas que, dadas las obligaciones establecidas mediante un tratado, debían permanecer libres de barreras arancelarias, una acción que, sin duda, hubiese sido perjudicial.

Tal vez el responsable de la ausencia del daño como requisito para la aplicación del principio del abuso de derecho en el Derecho internacional sea N. Politis. Este autor dictó en 1925 un curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, titulado "*Les problèmes des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux*"¹⁰⁹, uno de los primeros estudios académicos enfocados en analizar la aplicabilidad del principio del abuso de derecho al Derecho internacional. No obstante, hay que tomar en cuenta dos cosas. Primero, N. Politis era un férreo defensor de la teoría relativista expuesta por Jossierand, por lo que consideraba que el único requisito para la comisión de un abuso de derechos era que su ejercicio se desviara de la finalidad ideada por el legislador; segundo, que Politis basó su idea del abuso de derecho en la institución de la desviación de poder¹¹⁰, originalmente desarrollada en el ámbito del Derecho administrativo y desarrollada por el *Conseil d'Etat* para anular actos administrativos que buscaban objetivos distintos a los establecidos en la ley. Politis acepta que su teoría del abuso de derechos aplicada al Derecho internacional se basa en el concepto de desviación de poder.

Pero, aunado a los problemas característicos de la doctrina del abuso de derecho, la aplicación de la misma al Derecho internacional implica una serie de problemas. Por un lado, la doctrina de la desviación de poder presupone la existencia de separación de poderes, la cual

conducta impugnada había sido realizada maliciosamente, a lo que éste respondió que, de haber sido realizada con una finalidad maliciosa o con el propósito de perjudicar a la otra parte, la misma constituiría un abuso de derecho. Tal pregunta y tal respuesta sólo tienen sentido si el daño juega un rol esencial en el abuso de derechos, cf. B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 1953, p. 122.

¹⁰⁷ Asunto *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* (Germany v. Poland), 1925 P.C.I.J. (ser. A) No. 6 (Aug. 25).

¹⁰⁸ *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex* (France v. Switzerland), 1932 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 32 (Jun. 7).

¹⁰⁹ N. Politis, "Les Problème des Limitations de la Souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux", *Recueil des Cours*, vol. 6, 1925.

¹¹⁰ De hecho N. Politis cita a Jeze, un administrativista francés, como su principal influencia

difícilmente puede exportarse al plano internacional. La desviación de poder requiere que el Ejecutivo sólo pueda actuar previa autorización del Legislativo, en virtud del principio de legalidad¹¹¹. La peculiaridad del proceso legislativo internacional no permite la extrapolación de ese principio de Derecho interno.

Por otro lado, la desviación de poder parte de la premisa de que toda actuación del Ejecutivo debe estar previamente autorizada por el Legislativo, lo que lleva a que se diga que el Ejecutivo tiene una relación de vinculación positiva con el ordenamiento jurídico; esto contrasta con la relación de vinculación negativa que tienen, en Derecho interno, los individuos con el ordenamiento jurídico, pues estos pueden realizar cualquier acción salvo aquellas que se encuentren expresamente prohibidas. La actuación interestatal en Derecho internacional también está regida por el principio de vinculación negativa, en virtud del llamado principio Lotus. Por estas razones, la conceptualización de N. Politis del abuso de derecho no es apta para ser aplicada al Derecho internacional y, por consiguiente, al arbitraje de inversión.

No obstante, la obra de N. Politis fue influyente, mas no al punto de mover a la doctrina a una posición unánime. H. Lauterpacht¹¹², por ejemplo, aceptó los planteamientos de N. Politis y, por tanto, no considera que el abuso de derechos requiere la existencia de un daño; en el contexto específico del Derecho internacional económico M. Sornarajah afirma que "la buena fe no puede existir en casos en que un derecho es usado desproporcionadamente, de forma que derrote el propósito para el cual fue creado." Pero la recepción de sus planteamientos no fue uniforme. El Juez Read argumentó en su voto disidente del caso *Nottebohm* que la comisión de un abuso de derecho requería, necesariamente, que la contraparte haya sufrido un daño. Quizá el planteamiento más lúcido sobre la importancia del daño en el abuso de derechos lo hace Bin Cheng, quien, dirigiendo su crítica a las tesis finalistas o relativistas, plantea que: dinero que es lanzado al mar no está presumiblemente cumpliendo su función social, pero dudo que un Estado que actúe de esa forma podría ser legalmente acusado de incurrir en un abuso de derecho. El criterio funcional es extremadamente inadecuado. No provee ninguna explicación jurídica sobre por qué el uso no social o antisocial de un derecho es ilícito¹¹³.

¹¹¹ F. Rubio Llorente, "El principio de legalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 39, 1993, p. 9.

¹¹² H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 286.

¹¹³ Bin Cheng, *op. cit.* p. 122.

El abuso de derecho es un principio general del derecho de carácter negativo, pues su utilidad, descrita por algunos como “inmunológica”¹¹⁴, es que permite invalidar actos jurídicos que fueron realizados de conformidad con el ordenamiento jurídico aplicable. La validez aparente del acto o relación jurídica que se pretende invalidar mediante la aplicación de la teoría del abuso de derecho debe ser tomada en cuenta. Igualmente, debe tomarse en cuenta que los actos jurídicos que aparentemente válidos pueden generar ciertas expectativas plausibles en las personas. El abuso de derecho permite invalidarlos. Y en algunos casos esta es la solución correcta; no debe permitirse que los derechos válidamente establecidos en el ordenamiento jurídico sean utilizados como arma para causar un daño a otro. Ahí radica la utilidad del abuso de derecho. Pero sería un error pensar que porque el abuso de derecho tiene usos positivos su ámbito de aplicación debe ser expandido. Al contrario, el abuso de derecho, como institución negativa que invalida actos presuntamente conformes a Derecho, debe, para preservar su utilidad, tener un ámbito de aplicación restringido. Y esto se logra al incorporar el requisito de la existencia de un daño, como bien ha apuntado tradicionalmente la doctrina civilista y ha sido aceptado por el DIPr.

VII. Conclusiones

Los tribunales arbitrales de inversión que han intentado aplicar la doctrina del abuso de derecho en relación a la utilización de nacionalidades de conveniencia han errado en su interpretación de la misma. Al omitir incluir en su análisis elementos fundamentales, como la existencia de un daño o la intención subjetiva de causar ese daño, se corre el riesgo de expandir el ámbito de aplicación del abuso de derechos de una forma que atenta contra la seguridad jurídica y la estabilización de las expectativas plausibles. Afortunadamente esta falla puede ser resuelta de manera relativamente sencilla aplicando soluciones vinculadas con el DIPr. Los tribunales arbitrales de inversión pueden limitarse a resolver las cuestiones relativas a la validez de las nacionalidades de conveniencia utilizando el Derecho aplicable, ya sea el Convenio CIADI, el TBI o el Derecho interno. O, en caso de querer aplicar la doctrina del abuso de derecho, se debe evitar caer – consciente o inconscientemente— en una aplicación finalista de la misma, lo cual se puede lograr al requerir para la existencia de un

¹¹⁴ D. Ramos, *loc. cit.* p. 75.

abuso de derechos que exista un daño concreto y la intención subjetiva de causar ese daño.

Aunque el Derecho internacional público ejerce una considerable influencia en el arbitraje de inversión, son muchas las situaciones, como ésta, que pueden ser resueltas a través de las herramientas conceptuales desarrolladas históricamente por el DIPr. Sería un error no utilizarlas cuando resulten aplicables y necesarias.

Bibliografía

- BADIA, A.: *Piercing the Veil of Investors in Nationality Claims, in Piercing the Veil of State Enterprises in International Arbitration*, Nueva York, Kluwer Law International, 2014.
- BARCELÓ III, J.J.: "Who Decides the Arbitrator's Jurisdiction? Separability and Competence—Competence in Transnational Perspective", *Vand. J. Transnat'l L.*, vol. 36, 2003, p. 1123 ss.
- BLUNTSCHLI, J.C. & RIVIER, A.: *Le droit international codifié*, París, Guillaumine et cie, 1874 § 364, 218 (1895),
- BOCZEK, B.A.: *Flags of Convenience: An International Legal Study*, Boston, Harvard University Press, 1962.
- BOGDANDY, A. von e VENZKE, I.: *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- BORCHARD, E.M.: *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad, Or, The Law of International Claims*, Nueva York, Banks Law Publishing, 1915.
- BRIGGS, A.: "The Rejection of Abuse in International Civil Procedure", en R. de la Feria y S. Vogenauer, *Prohibition of Abuse of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, pp.261–263 y pp. 275–276.
- BROCHES, A.: "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States", *Recueil des Cours*, t. 136, 1972, pp. 343 ss.
- BROWNLIE, I.: "The Relations of Nationality in Public International Law", *Brit. Y.B. Int'l L.*, vol. 39, pp. 364 ss.
- BURGSTALLER, M.: "Nationality of Corporate Investors and International Claims against the Investor's Own State", *J. World Investment & Trade*, vol. 7, 2006, pp. 860 ss.
- BYERS, M.: "Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age", *McGill J.*, vol. 47, 2002.
- COGORDAN, G.: *Droits des gens la nationalité au point de vue des rapports internationaux*, París, L. Larose, 1879.
- COLIN, A. y CAPITANT, H.: *Cours élémentaire de droit civil français, par Ambroise Colin et H. Capitant. Ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques (Prix Chevallier)*, vol. II, París, Dalloz, 1932.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J.D.: "El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado: notas de teoría y dogmática", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 58, 2005

- DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: "El DIPr ante la globalización", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. I 2001, pp. 42 ss.
- FERIA, R. de la: "Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Creation of a New General Principle of EC Law through Tax", *Common Market L. Rev.*, vol. 45, 2008, pp. 395 ss.
- DONNER, R.: *The Regulation of Nationality in International Law*, Leyden, Martinus Nijhoff, 1994.
- FERNÁNDEZ ARROYO, D.P.: "Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación Interamericana", Comité Jurídico Interamericano, *XXXIII Curso de Derecho Internacional: El Derecho Internacional en las Américas: 100 años del Comité Jurídico Interamericano*, Organización de Estados Americanos, Rio de Janeiro, 2006, pp. 301 ss.
- GÓMEZ ROBLEDO, A.: "El abuso de derecho en Derecho internacional", en *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, vol. 12, 1980, pp. 282 ss.
- GUTTERIDGE, H.C.: "Abuse of Rights", *Cambridge L. J.*, vol. 5, 1933, pp. 25 ss.
- HADARI, Y.: "Tax Treaties and Their Role in the Financial Planning of the Multinational Enterprise", *Am. J. Comp. L.*, vol. 20, 1972, pp. 111–145.
- HARRIS, D.: "The Protection of Companies in International Law in Light of the Nottebohm Case", *Int'l & Comp. L.Q.*, vol. 18, 1969, pp. 296 ss.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION: "Report on Nationality Including Statelessness, by Mr. Manley O. Hudson, Special Rapporteur", *Yearbook of the Int'l L. Comm.*, vol. 963–II, 1952.
- JOSSERAND, J.L.: *De l'esprit des lois et de leur relativité. Theorie dite de l'abus des droits*, París, Dalloz, 1939.
- KUNZ, J.: "Nottebohm Judgment (Second Phase)", *Am. J. Int'l L.*, vol. 54, 1960, pp. 536 ss.
- LAUTERPACHT, H.: *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- LOENGARD, Jr., R.O.: "Foreign Investors and Nimble Capital: Another Look at the U.S. Policy Towards Treaty Shopping", *Law & Poly Int'l Bus.*, Vol. 15, 1983, pp. 763 ss.
- MAEKLT, T. de: *Teoría general de Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2010, pp. 371–372
- MERVYN JONES, J.: "The Nottebohm Case", *Int'l & Comp. L.Q.*, vol 5, 1956, p. 230–244
- MOORE, J.B.: *History and digest of the international arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington, Government Printing Office, 1898.
- MUCHLINSKI, P.T.: "Corporations in International Law", en Rudiger Wolfrum (ed.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (Jan. 30, 2015).
- NUYTS, A.: "Forum shopping et abus du *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen", *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruselas, Bruylant, 2004, pp. 745 ss.
- OPPENHEIM, L.: *International Law: A Treatise*, Londres, Longman, Green, and co., 1905.
- OTERO GARCÍA–CASTRILLÓN, C.: "En torno a los problemas de aplicación de las normas de competencia judicial; reflexiones sobre la admisibilidad del *forum non conveniens* en el Derecho español", *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 430 ss.

- VAN PANHUYS, H.F.: *The Rôle of Nationality in International Law: An Outline*, Leyden, A.W. Sitjhoff, 1959.
- PINSOLLE, P.: "Selected Nationality Issues in ECT Arbitration", *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 972 ss.
- PLANIOL, M.: *Traité élémentaire de droit civil: conforme au programme officiel des facultés de droit*, vol. II, París, LGLJ, 1928.
- POLITIS, N.: "Les problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux", *Recueil des Cours*, t. 6, 1925.
- PUFENDORF, S.: *Elementorum jurisprudentiae universalis libri duo*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- RALSTON, J.: *Venezuelan Arbitrations of 1903*, Washington, Government Printing Office, 1904.
- RALSTON, J.: *Report of the Mixed French Venezuelan Claims Commissions of 1902*, Washington, Government Printing Office, 1906.
- RAMOS MUÑOZ, D.: "Abuso del derecho, transacciones transfronterizas y la construcción del mercado interior y de la UE. ¿Un equilibrio imposible", *Revista de Derecho Europeo*, vol. 44, 2012
- REINHOLD, R.: "What is Tax Treaty Abuse (Is Treaty Shopping an Outdated Concept?)", *The Tax Lawyer*, vol. 53, 2000, pp. 664 ss.
- REZEK, F.: "Le droit international de la nationalité", *Recueil des Cours*, t. 198, 1986, pp. 351–352
- RIPERT, G.: *La règle morale dans les obligations civiles*, París, LGDJ, 1949.
- RUBIO LLORENTE, F.: "El principio de legalidad", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 39, 1993, pp. 9 ss.
- SCHILL, S.W. y BRAY, H.L.: "Good Faith Limitations on Protected Investments and Corporate Structuring", *Good Faith and International Economic Law* (A. Mitchell, M. Sornarajah y T. Voon, eds.), Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 105 ss.
- SCHREUER, C.H.: *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- SCHREUER, C.H.: "Nationality Planning", *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation* (A. Rovine, ed.), Nueva York, Martinus Nijhoff, 2013, pp. 17 ss.
- SINCLAIR, A.C.: "ICSID's Nationality Requirements", *ICSID Review*, vol. 23, 2008, pp. 110 ss.
- SLOANE, R.: "Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality", *Harv. Int'l L.J.*, vol. 50, 2009, pp. 10 ss.
- SORNARAJAH, M.: *The International Law on Foreign Investment*, 3ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- SONARAJAH, M.: "Good Faith, Corporate Nationality, and Denial of Benefits", *Good Faith and International Economic Law* (A. Mitchell, M. Sornarajah y T. Voon, eds.), Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 124 ss.
- SUDEROW, J.: "Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿El ocaseo del torpedo italiano? ¿Flexibilidad versus previsibilidad?", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, 2013, pp. 198 ss.

- TOH, R.S. y PHANG, S.Y.: "Quasi-Flag of Convenience Shipping: The Wave of the Future", *Transportation Journal*, vol. 30, 1993, pp. 31 ss.
- VANDEVELDE, K.J.: "The Bilateral Investment Treaty Program of the United States", *Cornell Int'l L.J.*, vol. 21, 1988, pp. 202 ss.
- WALKER Jr., H.: "Provisions on Companies in United States Commercial Treaties", *Am. J. Int'l L.*, vol. 50, 1956, pp. 373 ss.
- WEEGHEL, S. van.: *The Improper Use of Tax Treaties*, Londres, Kluwer, 1998.