

# POLIFONÍA JURISDICCIONAL: DERECHO DOMÉSTICO Y ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Santiago Montt Oyarzún, 19 de noviembre de 2010

# Introducción



- Paradigma de Derecho Público
- Revisión judicial: importancia de la legalidad conforme al Derecho doméstico
- Alternativas (y peligros) frente al Derecho doméstico
- Lecciones de países federales: polifonía jurisdiccional
- Conclusiones

# Paradigma de Derecho público



- Concepto básico
  - ▣ El Estado está autorizado a dañar a los privados
  - ▣ ¿Cómo distinguimos el daño lícito del ilícito? → Uno de los grandes problemas del Derecho Público
- Derecho público global
  - ▣ Derecho constitucional global: expropiación
  - ▣ Derecho administrativo global: FET

# Revisión judicial y Derecho doméstico

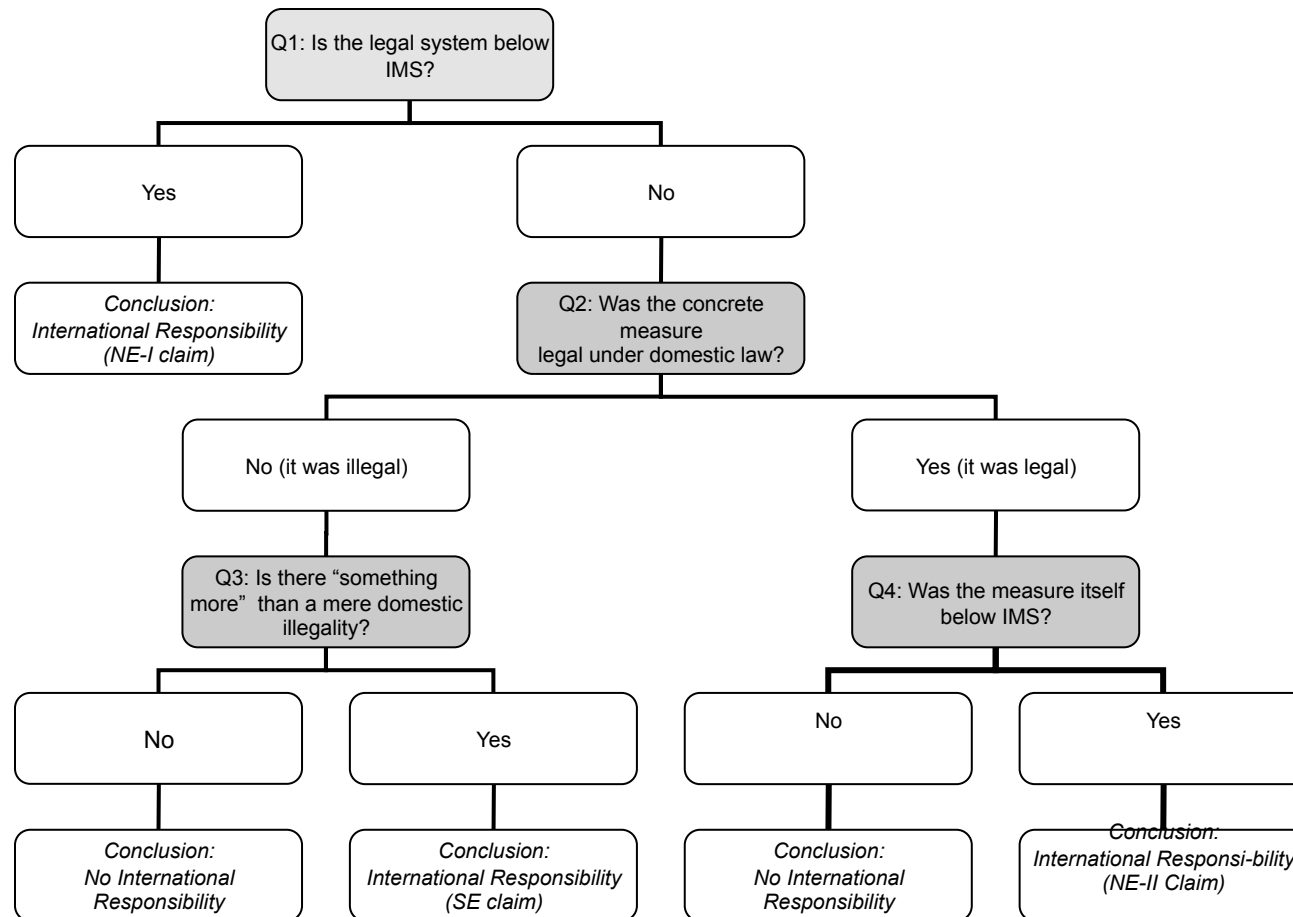
- El efecto “pulling attraction”

		International Law	
		Legal	Illegal
Domestic Law	Legal	<i>(Legal, Legal)</i>	<i>(Legal, Illegal)</i>
	Illegal	<i>(Illegal, Legal)</i>	<i>(Illegal, Illegal)</i>

# Revisión judicial y Derecho doméstico

- De Beus, quien comenta la jurisprudencia de Mexican-US claims commissions
  - ▣ The only value which can under the law of nations be attributed to domestic law as a standard is, on the one hand, that *if the behavior complained of shows a pronounced departure from that law to the prejudice of a foreigner, there is an international delinquency*, and, on the other hand, that *if the action is in accordance with that law, international commissions will perhaps hesitate to declare that the national law is below international standards of civilization*. But it should always be kept in mind, that compliance with local prescriptions is not in itself a conclusive test.

# Revisión judicial y Derecho doméstico



# Revisión judicial y Derecho doméstico

## □ Casos

### □ Thunderbird

- ¿Son las máquinas en cuestión legales o ilegales bajo el Derecho mexicano?

### □ Metalclad

- ¿Exige o no permisos municipales el Derecho público mexicano?

### □ Encana y Occidental

- ¿Tiene el inversionista un derecho a devolución de IVA (VAT refund)?

# Alternativas frente al D<sup>o</sup> doméstico

- **Ilegalidades domésticas que constituyen una violación a FET (Reclamos SE)**
  - ▣ **The non-court of appeals doctrine**
    - ¿Incidental jurisdiction o non-courts of appeals?
    - Efecto paradójico: hechos no están sujetos a deferencia
  - ▣ **Extensión de la doctrina**
    - Hechos, derecho, policy
  - ▣ **Discrecionalidad administrativa**
    - Sólo ilegalidad
    - También aspectos blandos (principios generales, arbitrariedad doméstica, etc.)

# Alternativas frente al D<sup>o</sup> doméstico

- “Remandar” puntos de Derecho local a tribunales locales
  - Crawford
    - Encana y Waste Management
- Full-review del Derecho local por el Tribunal arbitral
  - Ilegalidad y elementos blandos
  - Derecho doméstico puede ser mejor que el internacional: recurra conforme al doméstico
- Sólo ilegalidad dura (*ultra vires*)
  - Guardianes del tratado
  - Cultura

# Alternativas frente al D<sup>o</sup> doméstico



- Estándar de revisión
  - Mismo del país de origen
    - Países deferentes
    - Países no deferentes
  - Denial of justice
  - Municipal law as fact

# Peligros: dwelling experts

- Marcel Fleischmann et al v. McDonald's Corporation, 466 F. Supp. 2d 1020 (N.D. Ill. 2006)
  - The third reason against a foreign-admissibility rule is that courts should avoid construing foreign law. Section 1782(a) "does not direct United States courts to engage in comparative analysis" **because comparisons are "fraught with danger" and "is slippery business."** *Intel*, 542 U.S. at 263; see also *John Deere*, 754 F.2d at 137 ("[A] district court is not to predict the admissibility of discovered evidence in foreign tribunals."). By definition, discovery under this statute is a collateral issue to the foreign proceeding. *In re Asta Medica*, 794 F. Supp. at 446. **Therefore, American courts should avoid complex, costly, and inefficient issues such as determining the admissibility in a foreign court of a specific piece of evidence for a specific case.** In addition, one purpose behind the statute was "to improve and promote international discovery in litigation." *In re Trinidad and Tobago*, 117 F.R.D. at 178. "If the situation were reversed, this Court would certainly prefer to interpret United States law rather than have a foreign tribunal sit in judgment." *Id.* **To improve and promote international discovery, American courts should treat foreign law the way American courts want foreign courts to treat American law: avoid determining foreign law whenever possible.**

# Peligros: dwelling experts

- This is reinforced when one considers what a court must go through to construe foreign law. **In the instant case, this Court has five translated declarations from four different Brazilian lawyers, an affidavit from an American law professor, translated and untranslated orders from the Labor Court, and hundreds of pages of Brazilian civil procedure -- in Portugese.** When faced with its own dueling experts, another American court wisely noted that "the battle of experts witnessed in this case is compelling evidence for abstention and deference." *Id. at 180*. A collateral [\*\*17] issue such as discovery should rarely call for the amount of expert evidence that is usually necessary to interpret foreign law. It is self-evident that the most competent court to decide if materials gathered here are admissible in a foreign court is that same foreign court. *John Deere, 754 F.2d at 138* ("The Canadian tribunal must necessarily decide the use to which such evidence is put."); *In re Trinidad and Tobago, 117 F.R.D. at 178* ("Foreign tribunals are far more competent to decide issues of their own making than are United States courts."); *In re Supreme Court of Ontario, 661 F. Supp. at 1174* ("The admissibility or inadmissibility of evidence is . . . a matter [\*1029] solely for the Canadian Judicial authorities.").

# Lecciones de países federales



- Conclusión de lo anterior
  - ▣ El Derecho público doméstico es complejo
- Solución en etapa de *brainstorming*: Derecho polifónico
  - ▣ Crear mecanismo en el derecho doméstico, al modo de la certificación norteamericana

# Lecciones de países federales

## □ Certificación

### ▣ Coordinación de litigación compleja

- Multi-jurisdicción, multi-issue, multi-partes

### ▣ Warren: “proper jurisdictional balance”

- La misma idea aplica en la generación BIT: cuál es el equilibrio entre jurisdicción doméstica y jurisdicción internacional, desde una perspectiva de policy

### ▣ Friedman: el problema del “sí o no”

- The primary obstacle to rationalizing the law of federal jurisdiction is “either-or” thinking. When most scholars and judges discuss jurisdictional allocation, the assumption---tacit or explicit---is that cases must be litigated *either* in a federal court *or in a state court, but not both*.
- Alternativas multijurisdiccionales: aquellas que usan tribunales de los dos sistemas a la vez

# Lecciones de países federales

---

- Qué es (Friedman)
  - Certification allows a federal court to obtain an authoritative determination of the meaning of state law from the highest state court in a case otherwise properly in federal court
- Origen: Abstenciones *Younger* y *Pullman*

# Lecciones de países federales



- Problema de la mentalidad “either-or”
- ¿Por qué la revisión de las decisiones de las cortes estatales por la Corte Suprema no basta?
  - Uno se podría hacer la misma pregunta: ¿por qué la denegación de justicia no basta?
  - Al modo de los derechos humanos: recorrer el sistema doméstico y luego ir al plano internacional

# Lecciones de países federales

- Cuatro modelos “multijurisdiccionales”
  - ▣ El modelo referencial
    - Se permite a un tribunal pedir opinión a otro mientras el caso continúa su curso
    - Ejemplos
      - Certificación
      - Abstención Pullman
      - Friedman: “For many years, reference from federal to state court was obtained by staying the federal action and sending the litigants to begin anew in a state trial court. Today, however, certification directly to the state’s highest court is available to obtain input on questions of state law while litigation in federal court is ongoing”.

# Lecciones de países federales



- ▣ El modelo de revisión colateral: cuando el primer procedimiento está terminado
  - Federal Habeas Corpus
  - Denegación de justicia en el ámbito internacional
  - Hay duplicación
- ▣ El modelo de doble tramitación
  - Se tramitan dos causas a la vez, en dos jurisdicciones distintas
- ▣ El modelo de secuencia
  - Presentar causas en los dos tribunales. Si se rechazan las primeras, se procede con las segundas
  - Los temas son distintos, no hay duplicidad

# Lecciones de países federales

- Principio básico
  - ▣ Derecho estatal
    - Tribunales estatales
  - ▣ Derecho federal (internacional en nuestro caso)
    - Tribunales federales (internacionales en nuestro caso)
- Otros principios
  - ▣ Respetar la voluntad del Congreso (leyes y tratados)
  - ▣ El principio del enforcement: Younger abstention
  - ▣ No resolver preguntas nuevas de derecho estatal en tribunales federales
    - Pullman abstention
    - Certification

# Conclusiones



- Derecho doméstico y *rule of law*
- *Accountability*
- Certificación y control