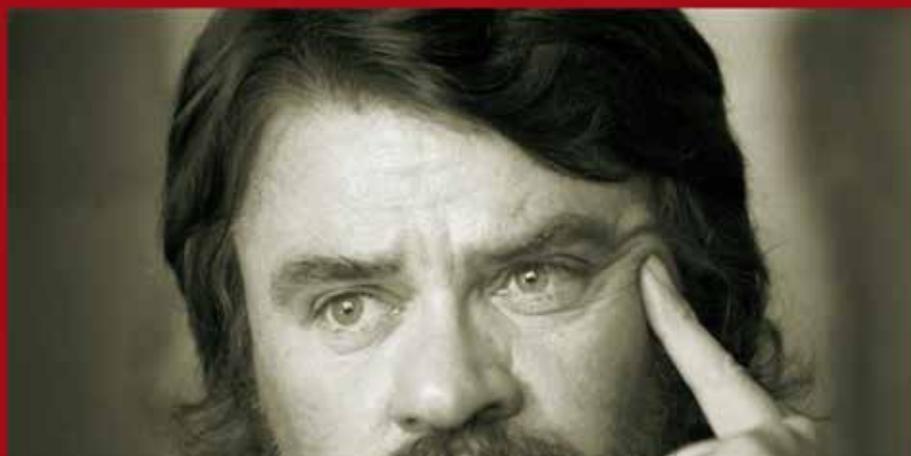


# HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

TOMO III



## Capítulo 65

COMITÉ EDITOR

Jorge Avendaño Valdez  
Alfredo Bullard González  
René Ortiz Caballero  
Carlos Ramos Núñez  
Marcial Rubio Correa  
Carlos A. Soto Coaguila  
Lorenzo Zolezzi Ibárcena



FONDO  
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

*Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda*

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Editado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Cuidado de la edición: Carlos A. Soto Coaguila

Diseño, diagramación y corrección de estilo: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-06815

ISBN: 978-9972-42-890-6

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900257

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

## ARBITRAJE, DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES Y GLOBALIZACIÓN

*Franz Kundmüller Caminiti\**

### INTRODUCCIÓN Y EXORDIO

Es un gran honor y grato desafío participar en el *liber amicorum* para el doctor Fernando de Trazegnies Granda. Conocí a Fernando a mediados de la década de los años ochenta del siglo pasado, en su faceta de maestro universitario y humanista. Él dictaba el curso de Filosofía del Derecho en mi alma máter, la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Yo había logrado matricularme casi por milagro en su altamente demandado curso, pues era uno de aquellos cuya matrícula solía cerrarse mucho antes que la de los demás.

Eran tiempos difíciles en el Perú. En realidad y como sabemos hoy, vivíamos el preámbulo de tiempos aún más difíciles. Campeaba la crisis económica y política, aunque no se percibía la debacle de fines de los años ochenta. Estábamos en el umbral de una sangrienta guerra intestina, cuyas verdaderas y terribles dimensiones eran inimaginables en aquellos días de «democracia auroral».

En efecto, esto ocurría mientras que, con el segundo gobierno del arquitecto Fernando Belaunde Terry, se inauguraba una vez más el «renacimiento» de la tantas veces vapuleada democracia peruana. Eran los primeros años de vigencia de la Constitución Política del Estado del año 1979. Esta había sustituido a la de 1933, lo que ocurrió a partir de un proceso electoral constituyente convocado luego de mucho tiempo y al cabo de una dictadura militar de doce años, que prácticamente había liquidado la raquíta institucionalidad democrática nacional.

---

\* Profesor del curso de Arbitraje Nacional e Internacional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor del curso Negociación, Conciliación y Arbitraje en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Miembro del Comité Editorial de la Revista Peruana de Arbitraje y del Círculo Peruano de Arbitraje.

En el ámbito internacional aún no se advertía en toda su extensión la última globalización ni se veía venir la debacle soviética ni las implicancias jurídico-económicas de todo este proceso. Tampoco se vislumbraba la caída del muro de Berlín ni la desaparición del bipolarismo, ni tantos otros acontecimientos que se han desencadenado desde fines de los años ochenta del siglo XX en adelante y a los que me referiré en líneas posteriores. Procederé entonces a intentar poner en perspectiva la conformación de la *lex inversorum*, la problemática de la o las globalizaciones y la relevancia del arbitraje en este escenario que viene desenvolviéndose aceleradamente en el mundo.

Regresando a los años ochenta, las clases magistrales de Fernando eran un bálsamo y un incentivo para el intelecto. ¡Qué ganas de conocer más! El tiempo quedaba corto, mientras su dictado discurría a lo largo y ancho del complejo territorio del saber filosófico y multidisciplinario. Nos motivaba así a seguirlo clase tras clase por los vericuetos del quehacer jurídico y humanista. En definitiva, un ejercicio «demasiado humano», que era mucho más que filosofía del derecho.

También recuerdo que su cátedra convocaba a propios y extraños, todos ávidos de conocimiento. Acudíamos gentes de diversas facultades y con distintos modos de pensar. Íbamos entusiastas al encuentro de los «porqués y paraqués» con los que semanalmente nos retaba Fernando, llevando a nuestras neuronas al extremo de lo imaginable. A tal punto llegaba el entusiasmo compartido, que a veces no había sitio en el aula ni para los que estábamos matriculados en el curso. Era muy curioso que esto sucediera respecto de una materia no utilitaria ni práctica, como la Filosofía del Derecho; es decir, respecto de una materia económicamente irrelevante o ajena al mercado, como diríamos hoy.

Fernando demostraba para nosotros el triunfo indiscutible y lapidario de las humanidades y del conocimiento en la formación jurídica e integral de las personas. Lo hacía siempre con franciscana sencillez, basándose en la importancia del buen pensar, inculcándonos el amor al conocimiento y a la tolerancia. Trabajaba a partir del más completo humanismo, orientándonos sobriamente desde la perspectiva neutral y objetiva del investigador académico. Hoy, desde mi corta experiencia como profesor universitario y habiendo hecho algunos esfuerzos como investigador, valoro sobremanera el paso como alumno por la cátedra de Fernando. Tengo la plena convicción de que nos enseñó el arte del *universitas*, en el total sentido de la palabra y de la amplitud del espíritu creativo.

Al cabo de algunos años y a principios de la década de 1990, reencontré a Fernando en el ámbito profesional. Eran los tiempos de la primera época del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, donde me tocó ejercer como primer secretario general y organizar el

también primer gran seminario sobre arbitraje que tuvimos en nuestro país. Ahí contamos con la participación de muchos amigos, profesores y destacados juristas, incluido Fernando. Recuerdo que él presentó una excelente ponencia sobre arbitraje de derecho y arbitraje *ex aequo et bono*, hoy un referente necesario en la doctrina arbitral.

Mas allá de su indiscutible excelencia jurídica e intelectual, destaco en estas líneas su permanente y fraternal ánimo de colaboración, su vital jovialidad y fino sentido del humor, lúcidamente receptivo frente al cambio y la innovación, así como sus ganas de aportar en el esfuerzo por impulsar el arbitraje en nuestro medio, acudiendo generosamente a nuestras insistentes invitaciones a participar en diversos foros y eventos.

A lo mencionado cabe agregar que cualquier encuentro con Fernando no solamente tiene la virtud de ser muy interesante; además, se suele caracterizar por la desaparición del tiempo y el surgimiento de siempre frescos y nuevos temas sobre los cuales conversar. Estos van desde las anécdotas hasta los datos históricos o bibliográficos más curiosos, pasando por el arte, la literatura, el derecho y tantos otros.

Por otra parte, al igual que otros juristas y colegas nacionales, Fernando conocía y conoce muy bien las dificultades para desarrollar el arbitraje en el Perú. Pero, a diferencia de otros, él ha asumido en múltiples oportunidades en forma destacada el encargo para ejercer como árbitro. A lo que se suma su impecable defensa del arbitraje como institución jurídica, en foros y mediante diversos escritos académicos de excelente calidad. En cuanto a lo primero, qué duda cabe, Fernando es uno de nuestros árbitros más reconocidos. Cuenta además con una formidable proyección global y funge de ilustre embajador jurídico de nuestro derecho.

Desde estas líneas le expreso mi agradecimiento por las enseñanzas compartidas e impartidas con sabiduría, así como por tantos y tan buenos momentos también compartidos a lo largo de los últimos años, acompañando siempre fraternalmente nuestros emprendimientos arbitrabilistas, integrando el comité editorial de la revista electrónica del Círculo Peruano de Arbitraje, aportando artículos, participando en seminarios, conferencias y diversos foros, entre otros.

He comenzado estas líneas refiriéndome a una de las tantas facetas de Fernando. Como sabemos, sus intereses son múltiples y transitan exitosa y fructíferamente por la filosofía, la historia, el derecho, la literatura, las humanidades, la política, en el ámbito nacional e internacional, a lo que sigue un largo etcétera. Es simplemente imposible reseñar *in toto* la gama de campos de interés del renacentista posmoderno que encontramos en de Trazegnies. Este artículo es un pequeño e incompleto homenaje a ese espíritu.

## 1. EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES, LA *LEX INVERSORUM* Y LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

El derecho internacional de las inversiones (en adelante, DII) crece y evoluciona progresivamente, aun cuando, como veremos a continuación, se encuentra descentralizado y disperso. Se ha expandido durante los últimos años en variados segmentos, abarcando países y regiones económicas, con sus particularidades y características. Esto se da en los ámbitos bilateral, regional e interregional<sup>1</sup>.

Para tener una idea: solamente en el año 2005 se celebraron en el mundo unos 162 acuerdos o tratados internacionales de inversiones (en adelante, AII), con lo que el número total acumulado de AII que obligan a países ascendía ya a 5.500 en ese año<sup>2</sup>. Este universo ha incluido durante la última globalización una gama de AII que forman parte del DII contemporáneo. Destacan los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones (en adelante, TBI) y los capítulos de inversiones de los tratados de libre comercio (en adelante, TLC).

A enero de 2007, y como nunca en la historia económico-jurídica global, existen alrededor de 2.559 TBI que se caracterizan por involucrar a una diversidad de países partes, con disposiciones y estipulaciones a partir de las disciplinas jurídicas del DII. Si bien los TBI y los TLC cuentan con una estructura básica muy similar, también es cierto que varían unos respecto a otros en lo que se refiere a las reglas sustantivas y en lo que concierne a las reglas de solución de controversias. Observándolos en detalle, se aprecian ciertos matices diferenciadores.

Por lo pronto, en la actualidad se da una tendencia a aclarar el alcance del término *inversión* y el de las obligaciones o disposiciones básicas, como aquellas concernientes al incremento de la transparencia en diversos aspectos vinculados a la actividad del Estado y los inversionistas. A esto se suma una mayor precisión de las normas destinadas a la protección de asuntos de interés público, entre otros aspectos originalmente considerados en forma no prioritaria, hoy enriquecidos conceptualmente a partir de la jurisprudencia y la doctrina especializadas<sup>3</sup>.

A su vez, la jurisprudencia arbitral producida en aplicación de las disposiciones de DII contenidas en los AII no es ajena a la estructura jurídica de la responsabilidad internacional de los Estados<sup>4</sup>, en el contexto de la relación

---

<sup>1</sup> ROBERT (2007).

<sup>2</sup> UNCTAD (2006: 2).

<sup>3</sup> Véase la referencia a la intervención de Anna Joubin-Bret, representante de UNCTAD en un reciente foro organizado por la American Society of International Law; ASIL y por la Investment Treaty Arbitration, ITA, sobre el futuro del arbitraje que involucra a los Estados, en <[http://www.opiniojuris.org/international\\_legal\\_theory\\_and\\_teaching](http://www.opiniojuris.org/international_legal_theory_and_teaching)> (consulta: abril de 2007).

<sup>4</sup> Cf. SHAW (1997: 541-584).

entre estos y los inversionistas extranjeros, y en esencia deriva de una relación jurídica de alcance internacional a partir de la aplicación de las normas del AII correspondiente. Dicha jurisprudencia, no obstante no ser vinculante, también dilucida caso por caso diversos aspectos jurídicos del derecho internacional de los tratados<sup>5</sup>. La *lex inversorum* se está conformando paulatinamente a partir de una gama de estructuras jurídico-económicas de orientación transnacional, pero también a partir de los antecedentes jurídicos correspondientes al ámbito nacional e internacional, donde el DII viene avanzando paulatinamente.

El proceso de conformación de la *lex inversorum* es complejo. Cuenta con similares características que la *lex mercatoria* y entraña procesos de traslación de estructuras jurídicas con miras a promover el flujo de inversiones y la modernización del tratamiento jurídico de estas.

Al igual que en el caso de la *lex mercatoria*, el modelo de administración de poder en la *lex inversorum* está descentralizado y desconcentrado. La fuente de poder no radica directamente en la función legislativa de los Estados y se origina en AII gestados, negociados y ratificados por estos, en función de sus atribuciones constitucionales. Los Estados limitan —vía miles de tratados— la aplicación del derecho internacional consuetudinario<sup>6</sup> y de su propio derecho público, «ajustando» su poder soberano y estableciendo reglas de atribución de responsabilidad estatal frente a la inversión y los inversionistas<sup>7</sup>. Es más, la *lex inversorum* también se origina en fuentes de «derecho blando» o *soft law*<sup>8</sup>.

Por otro lado, los AII han sido pactados entre Estados interesados en regular el flujo de inversiones y ante la ausencia de un tratado multilateral sobre la materia, vinculando así a los países exportadores con los países importadores de inversiones o capital, generalmente en un plano bilateral de relación jurídico-económica internacional, mediante el cual los Estados adquieren obligaciones internacionales en materia de DII. Como es lógico, la regulación jurídica de flujos transfronterizos requiere un tratamiento especializado.

Esto difiere de la regulación o constitución de las instituciones jurídicas tradicionales, cuya normativa se refiere generalmente a categorías jurídicas estáticas. Estas se concentran por lo general en el *statu quo* delimitado por la vinculación entre la norma «decimonónica» y la situación de hecho que evoluciona constantemente, en consonancia con los fundamentos de la respectiva familia jurídica. A ello debe agregarse que el DII busca responder a la realidad de las dinámicas

---

<sup>5</sup> Cf. HIRSCH (2006).

<sup>6</sup> Cf. LAUTERPACHT (1997: 259).

<sup>7</sup> Véase HOBER (2006).

<sup>8</sup> Cf. SHELTON (2006).

transfronterizas que se expresan en el flujo de inversiones; y que generalmente las soluciones adoptadas son de carácter híbrido, tal como ocurre en el arbitraje entre Estados e inversionistas en el marco de la mayoría de AII.

Por todo ello, los AII incorporan las disciplinas del derecho sustantivo de las inversiones, las que encuentran su origen en los tratados internacionales y en el derecho internacional consuetudinario. Ello se expresa en una dimensión internacional y otra nacional, asunto al que nos referiremos más adelante. La *lex inversorum* también comprende los medios de solución de controversias que, por ejemplo, permiten al inversionista privado acudir en forma directa a las jurisdicciones o instancias internacionales para plantear demandas contra los Estados.

A esto se suman otras modalidades de gestión de conflictos cuyo dinamismo tiende a acelerarse durante la última globalización, desbordando o ubicándose más allá de las respectivas soberanías nacionales y, en particular, trascendiendo las jurisdicciones estatales locales. El espacio transfronterizo y los medios jurídicos para la administración del poder en dicho espacio constituyen factores básicos para la conformación del DII contemporáneo.

Según algunas fuentes, el DII contemporáneo es parte del derecho que emerge en las últimas tres décadas en el ámbito internacional —en especial desde el fin de la Guerra Fría—, acompañando el proceso de evolución del derecho internacional. Este nuevo derecho habría sido forjado por una también emergente clase capitalista transnacional, exclusivamente en función de sus intereses. Así se estarían generando las condiciones para lo que Chimni y Okafor describen críticamente como la creación del nuevo Estado global extraterritorial.

En la conformación de este participan una amplia gama de instituciones internacionales. Lo hacen en una dinámica en la que se incorporan los procesos sociales globales; eso sí, teniendo como telón de fondo el monopolio en el uso de la fuerza por parte de los países occidentales «desarrollados»<sup>9</sup>. Pero a su vez, advierten los referidos autores, el nuevo escenario comprende la división global de clases sociales que se superpone a las tradicionales diferencias que existieron entre el Norte y el Sur durante los tiempos del bipolarismo ya extinguido<sup>10</sup>.

Desde otra perspectiva y por contraste con la posición de Chimni y Okafor, Burley plantea las ventajas del derecho basado en el liberalismo internacional, como elemento que contribuye a homologar las estructuras y relaciones jurídico-políticas

---

<sup>9</sup> Los temas geoestratégicos y de defensa sobrepasan los límites de este trabajo, pero cabe señalar que en los últimos años este monopolio en el uso de la fuerza por parte de las potencias occidentales se ha acentuado significativamente, implicando una amplio espectro de factores, como el incremento en el gasto de defensa en Estados Unidos o las acciones militares en diversos lugares del mundo, entre los que destacan Kosovo, Afganistán, Irak y otros.

<sup>10</sup> Cf. CHIMNI (2007). Véase, además, OKAFOR (2005).

internacionales. Con esta concepción, se entiende que el cese del liberalismo constitucional entraña el cese del Estado de derecho y el de los tribunales estatales en el adecuado ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. En consecuencia, con el modelo internacionalista liberal se establecería un marco conceptual perfecto, mediante el cual se puede evaluar a los países que actúan en forma liberal o antiliberal, a efectos de proceder al diagnóstico correspondiente y medir así su evolución, como si el mundo fuera un cubo perfecto. Esta metodología rechaza toda perspectiva pluralista y crítica del derecho y la sociedad<sup>11</sup>.

Otra vertiente de pensamiento la encontramos precisamente en la Escuela Pluralista<sup>12</sup>, que parte de la premisa de que, en el mundo, el derecho se encuentra en un permanente proceso de articulación, adaptación, rearticulación, absorción, resistencia y despliegue, respondiendo ante una realidad que se caracteriza por su diversidad y que requiere una aproximación multidisciplinaria. La evolución jurídica implica entonces un proceso que no concluye y que constituye el fundamento para que los académicos estudien las diversas facetas que ofrece un derecho plural, antes que buscar imponer modelos de arriba hacia abajo, que no ayudan a reconocer la diversidad jurídica que podemos encontrar en el «llano» de la realidad social<sup>13</sup>.

En el presente trabajo, aunque en forma imperfecta y a partir de diversas entradas de información, seguiremos a Guevara y a Schiff Berman en lo que concierne a reconocer la relevancia de la perspectiva pluralista para una mejor comprensión de la globalización, el DII y el arbitraje. Se suma a esto una reflexión sobre la importancia de las estructuras *autopoiéticas*<sup>14</sup> en la configuración del derecho transnacional contemporáneo; en especial, en materia de solución de controversias por la vía de medios como el arbitraje en inversiones.

## 2. LA ÚLTIMA GLOBALIZACIÓN Y LAS ANTERIORES, UN ASUNTO DE DENSIDAD

### 2.1 No una sino muchas y multidimensionales globalizaciones

A lo largo de la historia se han producido diversas globalizaciones o etapas de la globalización. En síntesis y desde una perspectiva basada en la progresión histórica desde las fuentes disponibles más recientes, una primera constatación: la globalización no es nueva. Tal como se la percibe en la actualidad, comprendería algo más de cinco siglos, durante los cuales se puede constatar la paulatina y

<sup>11</sup> Véase BURLEY (1992: 1909-1996).

<sup>12</sup> Para el caso peruano véase GUEVARA GIL (2006).

<sup>13</sup> Cf. SCHIFF BERMAN (2007: 301-328).

<sup>14</sup> *Autopoiesis* significa 'autoorganización'. Cf. CALLIESS (2001: 2).

creciente sofisticación de los modelos de interacción jurídico-económica, entre diversos grupos humanos en el tiempo y en el mundo.

El DII contemporáneo, así como otras áreas del derecho, es un correlato inevitable de esta evolución. Para lograr una perspectiva más amplia de sus contenidos, es pertinente introducir en la reflexión las dinámicas «globalizantes» que se pueden identificar a lo largo del tiempo y que hoy explican muchas disciplinas que encontramos en el DII contemporáneo.

Por lo pronto, constatamos un primer problema. La doctrina coincide en que la globalización es difícilmente definible en términos jurídicos o a partir de disciplinas únicas. En todo caso, podría ser entendida como un fenómeno que reúne heterogéneamente múltiples integraciones, medios de dominación, pero también exclusiones, intercambios o flujos económico-comerciales, entre otros, a lo que se suman los trasvases jurídicos y políticos de variadas intensidades, magnitudes y alcances en el tiempo y en el espacio<sup>15</sup>. Una aproximación más detallada al fenómeno de la globalización requeriría un análisis sociológico, histórico, filosófico y jurídico, imposibles de realizar en un espacio tan reducido<sup>16</sup>. El propósito de introducir una reflexión sobre este tema radica en la necesidad de, precisamente, contribuir a una perspectiva crítica del DII y advertir las múltiples raíces que comprende su conformación.

### *2.1.1 La Ruta de la Seda, Marco Polo y la importancia actual de los siglos XI al XIII, lex mercatoria y pie powder courts*

En suma, en el mundo podemos identificar dinámicas globalizantes de diversa índole y desde mucho tiempo atrás. En efecto y por ejemplo, no podemos dejar de mencionar la connotación e impacto múltiple de la antigua Ruta de la Seda, que permitió desde tiempos remotos el intercambio y luego la actividad comercial entre los pueblos, grupos de mercaderes y nómadas que transitaban y radicaban en los vastos espacios geográficos que separaban China de Europa. Existe al respecto el testimonio histórico del veneciano Marco Polo, que se remonta al lejano año de 1271<sup>17</sup>; es decir, hace ya 735 años.

<sup>15</sup> Cf. HELD (1997: 251-267).

<sup>16</sup> Véase SCHIFF BERMAN (2005: 485-556).

<sup>17</sup> Los historiadores informan que antes de que la vasta región de la Ruta de la Seda fuera conquistada por Carlomagno en el siglo III d. C., siglos atrás, hacia el año 100 d. C., se conforma de cultura de Gandhara, justamente también en algún lugar de los territorios de la Ruta de la Seda y en los alrededores del gran desierto de Taklimakan. La particularidad de esta cultura radica en que comprende tempranamente la fusión de Oriente y Occidente, integrando patrones culturales griegos y budistas y conformando así una primera forma de sincretismo entre dos mundos muy

Por otro lado, y en términos de dinamismo comercial y generación de incentivos para la creación de estructuras jurídicas *autopoiéticas*<sup>18</sup>, aunque evidentemente en otra dimensión histórica y jurídica, ciertas fuentes coinciden en que el período que registra la historia europea entre los siglos XI y XIII tiene características similares<sup>19</sup> a los tiempos de la última parte del siglo XX en adelante<sup>20</sup>.

En general, esto se debe al actual incremento del dinamismo de los flujos económico-comerciales; pero también se origina en la inexistencia de un poder centralizado de alcance global, *urbi et orbi*, como el que se dio en la cuenca del mediterráneo durante el dominio del Imperio romano. En efecto, en el mundo contemporáneo y no obstante las aspiraciones imperiales y los complejos de Júpiter de alguna que otra potencia global, hoy no existe un poder único y hegemónico.

El poder se encuentra distribuido entre potencias, potencias intermedias, economías regionales y economías locales. A esto se suman otros actores u operadores sociales o económicos de mayor o menor alcance global, como las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones internacionales con personería jurídica internacional, entre otras.

Por otro lado, las etapas de la globalización o las distintas globalizaciones no son rígidas ni constituyen períodos aislados o casilleros estancos entre sí. Sus etapas, momentos y experiencias se vinculan recíprocamente y comparten una gama de fenómenos y características que en cada caso presentan distintas densidades e influencias recíprocas, dependiendo de la argamasa que vincula cada etapa o a cada globalización con la otra. Esto se debe a la concurrencia de factores económicos, tecnológicos, sociales y jurídicos, lo que demanda una metodología holística para su mejor comprensión, la misma que excede con creces los alcances de este artículo, pero cuyas coordenadas dejaremos enunciadas para el desarrollo de futuros trabajos.

### 2.1.2 *La expansión europea del siglo XV y los grandes «descubrimientos» de «otros mundos»*

Una primera fase de la globalización posterior y de más amplio espectro e impacto que la época de la Ruta de la Seda del siglo XIII se da durante la expansión

---

diferentes. Esto demuestra lo evidente, es decir, que las culturas no son impermeables e interactúan desde tiempos remotos en el mundo Véase WILD (1992).

<sup>18</sup> Cf. CALLIESS (2001).

<sup>19</sup> Cf. LEHMKUHL (2003: 3-4).

<sup>20</sup> Cf. MENDES (1988: 109-144).

européa de la segunda mitad del siglo XV<sup>21</sup>. En efecto, dicha expansión implicó el descubrimiento de nuevos u otros mundos. Se produjo la colonización de América, África y Asia<sup>22</sup>. Como se sabe hoy, los procesos de colonización y descolonización, dados en distintos momentos de la historia, también han constituido factores con múltiples efectos globalizadores, organizadores o desorganizadores. Implicaron la generación de variadas formas de interacción económica, social y política. Se caracterizaron por su intensidad y densidad variables y entrañaron diversas formas de ejercicio, concentración y distribución de poder, así como en lo que concierne a la producción y concepción del derecho.

En consecuencia, y como es natural, estas globalizaciones o etapas de la globalización siempre han incluido a los elementos jurídicos y políticos; esto se ha dado como parte de las respectivas dinámicas de transformación comprendidas en cada etapa. Así, encontramos aspectos positivos, como la transferencia de estructuras jurídicas y sus efectos modernizadores, los procesos de mestizaje o el intercambio cultural, entre otros. Pero dichas dinámicas también han incluido lo que en la perspectiva actual constituirían aspectos negativos y denigrantes para la humanidad, como la expansión del esclavismo<sup>23</sup>, los genocidios, las guerras y la brutal explotación del hombre por el hombre.

La perspectiva Norte-Sur que impregnó el pensamiento económico desarrollista de la segunda mitad del siglo XX, y que ha servido de base para el desarrollo y

---

<sup>21</sup> Antes y durante los siglos XI al XIII se dio la primera etapa de expansión de la *lex mercatoria*, así como la aplicación práctica de los foros de solución de controversias de la *curia mercatoria*, mediante los llamados Pie Powder Courts o foros Piedi Polvorosi. Hay ensayos valiosos al respecto, de principios del siglo XX, como el de John Ewart. Cf. EWART (1903: 135-154).

<sup>22</sup> Asunto de particular importancia para la posterior división internacional del trabajo y para la evolución de una variedad de teorías políticas, económicas, jurídicas y sociológicas, que esencialmente identificaron al Sur como proveedor de productos primarios de exportación, mientras que el Norte comprende principalmente a los países industrializados y tecnificados. Sin embargo, esta estructura Norte-Sur, propia del bipolarismo de la segunda mitad del siglo XX, tiende a cambiar con la incorporación de China, India y los países del este de Europa. Estos se incorporan hoy al *global marketplace*, incidiendo paulatinamente en la dinámica de los flujos que acarrea la última globalización y abriendo a su vez nuevos espacios de «inserción global» para los países y las regiones económicas del mundo.

<sup>23</sup> Recordemos que una buena parte de la evolución económica y comercial de occidente estuvo sustentada durante siglos por el esclavismo como modelo económico. Entre otras, Suecia, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Holanda y Portugal eran potencias comerciales europeas que participaron activamente en el tráfico de esclavos. Las plantaciones francesas de caña y tabaco en Santo Domingo, por ejemplo, eran explotadas con la mano de obra de esclavos y llegaron a representar dos tercios del poder económico francés en ultramar. Más de veinte millones de africanos fueron llevados a la fuerza de las costas de África entre los siglos XV y XVI, para trabajar como esclavos en las colonias europeas, al punto que algunos autores hablan del esclavismo como un holocausto anónimo. Cf. *The Economist*, «Breaking the Chains», edición en internet, 22 de febrero 2007, en <www.economist.com>.

evolución de la primera etapa del DII, ha tomado en consideración y se encuentra impregnada por esta realidad que vincula dos factores fundamentales: inversión y desarrollo<sup>24</sup>. Las diferencias se encuentran más bien en cómo se plasma esta vinculación a lo largo del tiempo jurídica y económicamente, en cada etapa o en cada globalización.

### *2.1.3 La Revolución Industrial del siglo XVIII y las primeras empresas transnacionales*

Una segunda fase que sigue a las colonizaciones del siglo XV se produce a partir de la Revolución Industrial del siglo XVIII<sup>25</sup>. Apenas un siglo antes, en los albores del modernismo, Bentham acababa de acuñar el término *internacional*<sup>26</sup>. Nótese que en el siglo XVIII se dan los primeros usos de las palabras *global* y *América Latina*.

A su vez, se expanden vertiginosamente por el mundo el comercio inglés, el francés y el holandés. Se consolidan por esta vía las grandes empresas transnacionales (en adelante, ETA). Es el caso de la British East India Trading Company y otras, originalmente creadas hacia el siglo XVI con la finalidad de promover el comercio colonial, así como el incremento del poder político y económico de los centros hegemónicos urbano-industriales sobre los espacios territoriales de las colonias<sup>27</sup>.

Esto también implicó la producción y sofisticación de medios jurídicos para la tutela y regulación del intercambio comercial transfronterizo; pero además comprendió la expansión de medios coercitivos y del uso de la fuerza por parte de las potencias económico-militares, ratificando a los océanos como los grandes escenarios de los flujos comerciales y adquiriendo así estos un mayor valor estratégico integral<sup>28</sup>. Dicho valor estratégico se mantiene en la actualidad, máxime cuando el mayor porcentaje de superficie terrestre está cubierto por océanos. De modo que cuando hablamos de comercio global, estamos ante un comercio que se sigue moviendo esencialmente por vía marítima.

Agréguese además, como un producto de esta etapa de la globalización, la nueva conformación del *ius mercatorum*<sup>29</sup>, que en el siglo XVIII representó una

<sup>24</sup> Cf. McMICHAEL (2000: 14).

<sup>25</sup> Cf. TELLO (2004: 9).

<sup>26</sup> Cf. SPIERMANN (2005: 2).

<sup>27</sup> Cf. GREER y SINGH (2000).

<sup>28</sup> Nótese que, por ejemplo, el Reino Unido sigue manteniendo porciones estratégicas de territorio como las Islas Malvinas o Falkland, Gibraltar y otros. Se trata de territorio del Reino Unido que está justo en la «puerta de entrada o salida» de los grandes océanos.

<sup>29</sup> Cf. CALLIESS (2001: 2).

evolución significativa respecto a lo que fueron siglos atrás sus primeras expresiones medioevales francesas, inglesas o alemanas. Estas fueron las primeras formas de *lex mercatoria* o *merchant law*, en el período que va entre los siglos XI y XIII<sup>30</sup>.

Es justamente en el siglo XII cuando surge la idea del *gubernáculum*, a partir de una primera noción premoderna de lo «público»<sup>31</sup>, siendo además este el siglo de creación de las primeras universidades europeas, como la de Boloña y la de París, entre otros notables acontecimientos que constituyen precedentes en la conformación inicial de la institucionalidad occidental<sup>32</sup>. Todo ello, al igual que en otras épocas, se reflejará en una proyección que permite observar la evolución y producción jurídica en el tiempo.

Se trata de un proceso con hondas raíces que se extienden en distintas direcciones y cuya existencia tampoco es posible soslayar en la actualidad. Regresando a la globalización del siglo XVIII, también en esta época se amplían las conquistas territoriales de las potencias coloniales, que llegan a su máxima expansión durante el siglo XIX, mientras se registran algunos procesos descolonizadores inspirados en las revoluciones norteamericana, francesa y haitiana. Según algunas fuentes, y no obstante su vinculación con tiempos coloniales anteriores, las ETA, tal como se las conoce hoy en día, tuvieron un gran apogeo en el siglo XIX. Dicho apogeo coincide con el de los Estado nación coloniales que se encontraron en los albores de la Revolución Industrial<sup>33</sup>.

Este también es el siglo del capitalismo progresivamente industrializado y sus múltiples consecuencias: el desarrollo de las ciudades como focos productivos, así como de las fábricas y de actividades económicas secundarias, que desembocan, mediante la evolución de estos factores, en mayores y más complejos procesos manufactureros intensivos en capital, pero también en el incremento y especialización de los servicios y de las profesiones liberales.

A ello se sumó el diseño y la puesta en práctica de mejores técnicas de almacenamiento y administración, el invento de más rápidos medios de transporte, entre otros. El desarrollo tecnológico en medios de transporte tuvo un impacto

---

<sup>30</sup> En efecto, a partir del esfuerzo de los glosadores europeos y con posterioridad al siglo XI se da el desarrollo del derecho canónico de los contratos, inspirado por los valores cristianos pero que a la vez recoge las prácticas seculares de la *curia mercatoria*. La combinación de estas prácticas seculares con el principio cristiano de la buena fe desembocó en la relevancia del acuerdo de voluntades en la conformación de los contratos en tiempos premodernos. Lo demuestra la Concordia o decreto de Graciano, que en la época de los escolásticos se orientó por la necesidad de «concordar los cánones discordantes». Cf. LESAFFER (2000: 182-183).

<sup>31</sup> Cf. TAMAYO y SALMORÁN (2005: 161-172).

<sup>32</sup> Cf. CLARK, D. (1987: 653-719).

<sup>33</sup> Sobre la teoría de la evolución aplicada a la economía y a la revolución industrial, véase el libro de Gregory CLARK (2007).

significativo en la configuración del comercio internacional a partir del siglo XIX, pero también tuvo un gran impacto la evolución en otros campos como la defensa y seguridad. Recordemos que es precisamente en este siglo cuando el primer portaviones se inventa en Estados Unidos<sup>34</sup>.

#### 2.1.4 *Del siglo XVIII al XX, los Estados-nación y los Zollvereine*

Durante fines del siglo XIX y principios del XX se consolidan los grandes Estados-nación<sup>35</sup>, pero al mismo tiempo las ETA norteamericanas y algunas europeas lideran en dicho período el proceso de búsqueda de recursos minerales, petróleo y alimentos en el mundo, en lo que sería una tercera fase de la globalización. Es interesante tener en cuenta que durante esa época 60% de la inversión de dichas ETA se concentró en América Latina, Asia, África y el Medio Oriente; es decir, en espacios geográficos coloniales u otrora coloniales. Empujadas por una serie de fusiones y absorciones, las ETA crecieron estructurando monopolios y oligopolios, en ámbitos estratégicos de alcance global como la petroquímica y los alimentos<sup>36</sup>. A partir de esta dinámica podemos identificar los orígenes de la problemática actual que trata de resolver el DII contemporáneo.

Por ejemplo, la empresa norteamericana United Fruit Company controlaba en 1899 el 90% de las importaciones de plátanos hacia Estados Unidos. Por otro lado, la Royal Dutch/Shell manejaba el 20% del total de la producción rusa de petróleo. Es también el final del siglo XIX y el principio del XX el momento de

---

<sup>34</sup> El 14 de noviembre de 1910 se realizó el primer intento de despegar un avión desde un barco. La hazaña fue de Eugene Ely, en un avión Curtiss Modelo D, que despegó desde una rampa instalada en la proa del crucero ligero USS *Birmingham*, en Norfolk, Virginia, Estados Unidos. La frágil nave de Ely rozó el agua pero pudo remontar y aterrizar felizmente en tierra. Dos meses después, el mismo Ely aterrizó su avión Curtiss D IV, sobre una cubierta improvisada de madera a bordo del crucero USS *Pennsylvania*, fondeado en la bahía de San Francisco. Información tomada de <<http://www.exordio.com/1939-1945/militaris/armamento/portaviones.html>> (consulta: agosto de 2007).

<sup>35</sup> También es la época en la que, por ejemplo, toda la esfera de lo que hoy podríamos llamar *derechos humanos* se encontraba exclusivamente en el ámbito de decisión intrafronterizo de los Estados-nación. Excepcionalmente, algunas disciplinas jurídicas o temas referidos a las personas correspondían al ámbito internacional por vía de algunos tratados internacionales; era el caso de la piratería, la esclavitud, el tratamiento de soldados heridos o enfermos, el tratamiento de prisioneros de guerra y la obligación de mantener, por parte de los Estados, ciertos estándares mínimos en el tratamiento de los extranjeros. Recién en 1919 se produce un cambio importante mediante la creación de la Liga de las Naciones, que consagrando la libertad de conciencia y religión en su artículo 22. Véase SHAW (1997: 200-202).

<sup>36</sup> Hoy las ETA son protagonistas y promotoras principales de iniciativas de alcance global en temas sociales y ambientales, tal como lo demuestra el Global Compact de las Naciones Unidas Véase <<http://www.unglobalcompact.org>> (consulta: agosto de 2007).

creación del panamericanismo y las primeras fricciones entre el Norte y el Sur<sup>37</sup>. La segunda etapa de la globalización moderna concluye en 1914, en los umbrales de la Primera Guerra Mundial<sup>38</sup>.

Antes resulta de interés hacer referencia a las uniones aduaneras del siglo XIX, un antecedente históricamente no tan lejano de la actual tendencia a la «liberalización» comercial y económica en el ámbito transfronterizo de las relaciones entre Estados. Se trata de antecedentes de la cultura de los tratados de libre comercio y de los tratados regionales de comercio que tienden a proliferar en la última globalización. Estos tratados tampoco son institutos nuevos ni exclusivos de los siglos XX y XXI.

Las uniones aduaneras del siglo XIX se dieron a partir de territorios y organizaciones estatales soberanas. Estos *Deutsche Zollvereine* (uniones aduaneras alemanas)<sup>39</sup> son antecedentes de las muy posteriores iniciativas de liberalización comercial y económica llevadas a cabo e institucionalizadas a otra escala. Es el caso del Acuerdo General de Aranceles y Tarifas (GATT) y, posteriormente, de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Estas iniciativas han tenido lugar ya en pleno siglo XX, pero aplicando en esencia la misma filosofía y estructura conceptual de los *Zollvereine*<sup>40</sup>, a partir de la idea de la división del trabajo y el aprovechamiento de las ventajas comparativas que ofrecen las economías<sup>41</sup>.

El establecimiento de una *Zollverein* entre algunos Estados germanos soberanos y «ciudades libres» en el siglo XIX fue uno de los factores —en este caso,

---

<sup>37</sup> Cf. GREER y SINGH (2004).

<sup>38</sup> TELLO (2004).

<sup>39</sup> Cuando en 1814 se levantaron las prohibiciones napoleónicas para el ingreso de productos ingleses a Europa se produjo una avalancha de estos productos, en especial de textiles, los mismos que inundaron los mercados alemanes. Los nuevos estados alemanes procuraron frenar la situación elevando los aranceles a la importación. Los resultados de tales políticas comerciales resultaron peores que los efectos del bloqueo napoleónico, pues cada estado desarrolló sus propias estructuras arancelarias. Así, en el Congreso de Viena se establecieron 38 sistemas arancelarios limitativos del comercio exterior de los estados alemanes. El economista Friedrich List, autor de los *Zollvereine* alemanes, advirtió los problemas derivados de dicha situación y de los efectos negativos de la proliferación de estructuras arancelarias diversas y limitativas del comercio, y en 1819 presentó un pedido al parlamento de Fráncfort, sustentando la necesidad de unificar los aranceles alemanes. Prusia, uno de los estados alemanes más importantes, acogió la propuesta y la puso en práctica. Pero fue recién en 1828 cuando el ministro prusiano de Finanzas, Friedrich von Motz, suscribió el primer tratado con el estado de Hessen (Preussisch-Hessischen Zollverein) para unificar aranceles. Posteriormente se unirían otros estados alemanes a esta iniciativa, sentando así las bases para la unificación alemana. Véase BLANKART (2003).

<sup>40</sup> A lo que sumaríamos los actuales tratados de libre comercio y los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones, en el campo de las inversiones y el derecho internacional de las inversiones, originalmente influido por los *Zollvereine* en mención.

<sup>41</sup> KUNDMÜLLER y HERENCIA (2006: 41 y ss.).

el económico— que facilitó la unificación alemana desde el centro de Europa, a partir de políticas de reducción de aranceles entre socios comerciales. Esto ocurría mientras se consolidaba la conformación de los grandes Estado-nación europeos del siglo en mención. Así, en su oportunidad y luego de la Primera Guerra Mundial, un grupo de estados del desmembrado Imperio austrohúngaro constituyeron uniones aduaneras para mantener el libre intercambio comercial.

Pero es solo una vez concluida la Segunda Guerra Mundial cuando la integración económica e institucional de Europa se convertirá en un medio entendido e interiorizado como eficaz para evitar nuevos conflictos internacionales entre Estados-nación. De esta manera se busca superar la problemática que generan los Estados históricamente rivales entre sí, teniendo como elemento de fondo la liberalización e integración comercial y económica, pero con contenidos sociales y como medio para preservar la seguridad y la paz<sup>42</sup>. Pero antes de esto, es decir, mucho antes del Tratado de Roma, la última gran guerra tuvo que dejar a Europa en ruinas<sup>43</sup>, tornando en inevitable y necesaria su reconstrucción.

### *2.1.5 El siglo XX y la post Segunda Guerra Mundial, el derecho internacional para el desarrollo y las últimas descolonizaciones*

El momento culminante de la tercera etapa de la globalización se dio luego de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, a partir de la extensión de la hegemonía de Estados Unidos y de sus aliados comerciales europeos y asiáticos. Esto se reflejó a nivel de las Américas en el panamericanismo; y a nivel global, en el *control casi absoluto de las instituciones surgidas posteriormente a los acuerdos de Bretton Woods*<sup>44</sup>.

Sin embargo, estos fueron al mismo tiempo los primeros elementos ordenadores indirectos del DII contemporáneo, que han ido evolucionando hasta conformar el orden económico internacional actual, institucionalizando así el marco jurídico del derecho internacional económico, que sigue evolucionando paulatinamente<sup>45</sup>. Esto se expresa en sus dimensiones transaccionales y regulatorias actuales<sup>46</sup>. Adicionalmente encontramos otros instrumentos internacionales relevantes surgidos con posterioridad y en el campo del DII, pero afluentes del orden económico internacional, como la Convención del Centro Internacional

---

<sup>42</sup> TELLO (2004: 15).

<sup>43</sup> Véase FRIEDRICH (2004).

<sup>44</sup> TELLO (2004: 9).

<sup>45</sup> Cf. PETERSMANN (1987: 227).

<sup>46</sup> Véase JACKSON (1998: 1-23).

de Arreglo de Disputas entre Inversionistas y Estados del Banco Mundial (CIADI o, de conformidad con sus siglas en inglés, ICSID)<sup>47</sup>.

Este tratado multilateral, de suma importancia en el campo del DII, se gestó hacia mediados del siglo XX<sup>48</sup>, en tiempos de la última descolonización inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial. Es una respuesta institucional al surgimiento de nuevos Estados en los territorios de las antiguas colonias europeas, en el marco del nuevo orden. El CIADI destaca el rol de las inversiones internacionales en lo que concierne al desarrollo económico, a partir de la cooperación internacional y en el contexto del emergente nuevo DII. El tratado multilateral que le dio origen precisó los alcances del CIADI en siguientes términos, poniendo de manifiesto la relación directa entre inversión internacional privada y desarrollo<sup>49</sup>: «*Los Estados contratantes*. Considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado [...]».

Otro tratado multilateral de suma importancia en el ámbito del DII y más reciente que el CIADI es la Convención para el Establecimiento de la Agencia Multilateral para la Garantía de las Inversiones, conocido como MIGA, por sus siglas en inglés<sup>50</sup>. El MIGA es una agencia del grupo del Banco Mundial que garantiza y brinda seguro a las inversiones en caso de riesgo político. Tiene personería jurídica internacional y cuenta con los privilegios e inmunidades que el derecho internacional público reconoce a favor de las organizaciones internacionales<sup>51</sup>. En consecuencia, cuenta con una estructura institucional para el ejercicio de sus funciones, con un consejo de gobernadores, un directorio integrado por doce miembros y un presidente de directorio que tiene a su cargo las decisiones ejecutivas de la institución en lo referente a brindar garantía a las inversiones extranjeras radicadas en los países miembros de la convención.

La convención del MIGA entró en vigencia el 12 de abril de 1988. Su concepción jurídica fundamental también recoge los principios básicos inherentes a la cooperación para el desarrollo. En tal sentido, tal como establece el preámbulo

<sup>47</sup> Véase KUNDMÜLLER y RUBIO (2006).

<sup>48</sup> En la misma época se desarrolla la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Convención de Nueva York, colofón de la evolución arbitral moderna, que instaura por vía de un tratado multilateral las disciplinas propias del arbitraje como institución jurídica y medio especializado de solución de controversias. Véase <<http://www.uncitral.org>> (consulta: agosto de 2007).

<sup>49</sup> ICSID (2003); Convenio CIADI, Reglamento y Reglas; CIADI 15 Rev. 1; Washington DC, p. 11, en <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>> (consulta: agosto de 2007).

<sup>50</sup> Véase Convención MIGA en <<http://www.miga.org/sitelevel2/level2.cfm?id=1107>> (consulta: agosto de 2007).

<sup>51</sup> ZIEGLER y GRATTON (2006).

de la convención, existe la necesidad de reforzar la cooperación internacional para el desarrollo económico y promover la contribución que en ese sentido puede brindar la inversión extranjera, de donde también fluye la necesidad de prevenir los riesgos no comerciales<sup>52</sup>:

*Considering* the need to strengthen international cooperation for economic development and to foster the contribution to such development of foreign investment in general and private foreign investment in particular;

*Recognizing* that the flow of foreign investment to developing countries would be facilitated and further encouraged by alleviating concerns related to non-commercial risks [...]

Por cierto que esta estructura conceptual, al igual que la que encontramos en el caso del CIADI, no se encuentra aislada y es a su vez un correlato del derecho internacional para el desarrollo. Podemos encontrar referencias a este, por ejemplo, en la resolución 1707 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Comercio Internacional como Fuente Primaria para el Desarrollo, así como en la resolución 1710 de la misma Asamblea, a la que se suma la 1803 sobre soberanía permanente de los recursos naturales de las naciones, entre otras fuentes de diversa jerarquía y relevancia que encontramos en el derecho internacional que caracterizó los tiempos del bipolarismo y de los intentos por limar las asperezas entre el Norte y el Sur<sup>53</sup>.

Como se ha señalado, precisamente los tiempos de descolonización comprenden la irrupción de nuevos países en el escenario internacional tradicionalmente ocupado por los grandes Estados-nación, con todo lo que ello implica. En consecuencia, resurgen los nacionalismos locales<sup>54</sup>. Los países y naciones recién independizados se orientan generalmente por la necesidad de recuperar su soberanía en los ámbitos políticos y económicos; en especial, porque en muchos casos los recursos naturales son sus principales «activos», al tratarse usualmente de países con un incipiente desarrollo industrial y económico, en su mayoría exportadores de materias primas y sin una presencia gravitante en el ámbito comercial internacional. En el plano político, esto se materializa en una tendencia a llevar a cabo nacionalizaciones y expropiaciones.

Este contexto inspira la antes mencionada resolución de las Naciones Unidas sobre la soberanía permanente de los recursos naturales de las naciones, que recoge la siguiente afirmación en su artículo 6, refiriéndose nuevamente a la cooperación

<sup>52</sup> Véase <<http://www.miga.org/sitelevel2/level2.cfm?id=1116#pre>>(consulta: agosto de 2007).

<sup>53</sup> Cf. ROWE (2007: 1-6).

<sup>54</sup> ZIEGLER y GRATTON (2006).

internacional para el desarrollo, como lo hicieran posteriormente la Convención CIADI y la Convención del MIGA<sup>55</sup>:

La cooperación internacional en el desarrollo económico de los países en vías de desarrollo, ya sea que consista en inversión de capitales, públicos o privados, intercambio de bienes y servicios, asistencia técnica o intercambio de informaciones científicas, será de tal naturaleza que favorezca los intereses del desarrollo nacional independiente de estos países y se basará en el respeto a su soberanía sobre sus riquezas y recursos naturales.

Como ya hemos adelantado, debemos agregar en este punto el surgimiento del llamado nuevo orden económico internacional, lo que ocurrió en la década de 1970 y también a iniciativa de las Naciones Unidas. Este nuevo orden fue declarado a partir de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados mediante la resolución 3201 del año 1974. La Carta detalla y proclama el derecho de los Estados a ejercer soberanía en forma permanente e integral sobre sus recursos naturales y sobre sus actividades económicas, a lo que se suma el derecho que el Estado tiene a regular, reglamentar, nacionalizar y expropiar<sup>56</sup>:

Artículo 2, inciso 2:

Todo Estado tiene el derecho de:

[...]

b) Reglamentar y supervisar las actividades de empresas transnacionales que operen dentro de su jurisdicción nacional y adoptar medidas para asegurarse de que esas actividades se ajusten a sus leyes, reglamentos y disposiciones y estén de acuerdo con sus políticas económicas y sociales. Las empresas transnacionales no intervendrán en los asuntos internos del Estado al que acudan.

[...]

c) Nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes. En cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, esta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados interesados acuerden libre y mutuamente que se recurra

---

<sup>55</sup> Resolución 1803, GA 1803 (XVII), Off. Doc. CA UN, 17 sesión, Doc. UN a/17/1803 (1962) 15, artículo 6. Consultar en <<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/196/83/IMG/NR019683.pdf?OpenElement>> (consulta: marzo de 2007).

<sup>56</sup> Resolución 3201, GA 3201 (S-VI), Off. Doc. GA. UN 6to spec. sess., Doc. UN A/S-6/3201 (1974), 3. Véase <<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/743/60/IMG/NR074360.pdf?OpenElement>> (consulta: marzo de 2007).

a otros medios pacíficos sobre la base de la igualdad soberana de los Estados y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios.

### 2.1.6 Después de la caída del muro, del siglo XX al XXI

Finalmente, la última etapa que comprende a la actual globalización coincide con la caída de los *regímenes de democracia popular*<sup>57</sup>, ocurrida durante la paulatina consolidación de los últimos procesos de descolonización en varios ámbitos geográficos y en distintos continentes<sup>58</sup>. Un poco antes, entre 1989 y 1991, existe un período a partir del cual se produce la coincidencia con la expansión e influencia creciente del Consenso de Washington, como proyecto económico liberal global<sup>59</sup>, que vino a sustituir al «antiguo» nuevo orden que referíamos líneas arriba.

Pero el Consenso de Washington ha entrado hoy en una etapa de revisión crítica. Esto ocurre más allá del otrora llamado *triumfo del neoliberalismo*<sup>60</sup>, proclamado a partir de la década de los años noventa del siglo pasado, mientras se expandían las «economías emergentes»<sup>61</sup> en diversas regiones económicas del planeta.

Lo cierto es que hoy una gama muy amplia de instituciones, reconocidos juristas, economistas<sup>62</sup>, expertos<sup>63</sup> y funcionarios internacionales del más alto nivel<sup>64</sup> participan en el debate global para la revisión póstuma del Consenso de Washington<sup>65</sup>. Hoy se otorga preeminencia a la necesidad de generar nuevos «consensos» que permitan contar con modelos económicos viables para superar

---

<sup>57</sup> TELLO (2004).

<sup>58</sup> Cf. McMICHAEL (2000).

<sup>59</sup> La expresión *Consenso de Washington* fue acuñada en 1990 por el economista John Williamson, en un estudio preparado para el Institute for International Economics, un prominente *think tank* radicado en Washington DC. En términos generales, implica la adopción de un conjunto de políticas públicas para la reforma económica de los países en desarrollo, tales como disciplina fiscal, priorización de objetivos para el gasto público, reforma tributaria, liberalización financiera, tipo de cambio único, liberalización del comercio exterior, promoción de la inversión extranjera directa, privatizaciones, desregulación, protección para los derechos de propiedad, etcétera. Estas políticas fueron adoptadas por un número considerable de Estados a nivel global de la década de 1980 en adelante. Cf. PETRÁSH (2000). Véase, además, KUCZYNSKI y WÍLLIAMSON (2003).

<sup>60</sup> Cf. KRESALJA (2003: 235).

<sup>61</sup> Cf. NICHOLS, Philip (1999).

<sup>62</sup> Véase HELD (2004).

<sup>63</sup> Cf. DRACHE, Daniel (2001).

<sup>64</sup> El director general de la OMC, Pascal Lamy, declaró en marzo de 2006 que es necesario pasar del Consenso de Washington al de Ginebra, en orden a que resulta indispensable superar los pasivos sociales. Véase <[http://www.sarpn.org.za/documents/d0001869/Lamy\\_WTO\\_Feb2006.pdf](http://www.sarpn.org.za/documents/d0001869/Lamy_WTO_Feb2006.pdf)> (consulta: marzo de 2007).

<sup>65</sup> Cf. STIGLITZ (2000).

una serie de factores de exclusión social y económica que, no obstante la última globalización, subsisten e incluso se acentúan alarmantemente en el mundo, incentivando la aparición de Estados y países «fallidos».

En tal sentido, la preocupación es doble, en orden a que tanto el modelo marxista inspirador de las «democracias populares» como las políticas liberales del Consenso de Washington han fracasado o simplemente no han terminado de resolver los problemas básicos de la población más pobre y excluida del planeta. Agreguemos a esto que son precisamente las ex colonias de las antiguas potencias del siglo XIX las que actualmente siguen «en vías» de desarrollo, acarreado muchas veces inconmensurables «pasivos sociales»<sup>66</sup>, a lo que se suman problemas colaterales no menos importantes, como los que encontramos en materia medioambiental y a escala global<sup>67</sup>.

No en vano el discurso de despedida del ex secretario general de las Naciones Unidas, en septiembre de 2006, hizo referencia a la necesidad de que la actual globalización beneficie a la humanidad en su conjunto, siendo necesario que a ello se sume la eliminación de los desórdenes propios de la post Guerra Fría y que se instaure un nuevo orden de paz y libertad, donde los derechos y la dignidad de los individuos estén debidamente protegidos y garantizados<sup>68</sup>.

Recordemos, además, que los últimos tiempos también se han caracterizado por otros acontecimientos de impacto global; por ejemplo, en la época inmediatamente anterior a la última globalización se eliminó la paridad oro-dólar respecto a las reservas de Estados Unidos, cambiando así un paradigma monetario que se consolidó durante la vigencia del mercantilismo, siglos atrás. También se dio la crisis del petróleo de los años 1970 y luego la crisis de la deuda externa de los años 1980. Son eventos que también generaron repercusiones globales de diversa «intensidad» jurídico-económica y han influido en el desarrollo del DII, transformando sus bases y generando nuevas proyecciones y modelos de regulación.

En consecuencia, estos y otros acontecimientos extienden su influencia a la interrelación jurídico-económica entre países y entre regiones económicas entre sí. Se trata de una evolución posterior a los acuerdos de Bretton Woods y sus instituciones, elementos con los que décadas atrás se cerraron una serie de aspectos económico-jurídicos en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial.

---

<sup>66</sup> Véase el Informe 2007 del Banco Mundial sobre los Objetivos del Milenio, en <<http://econ.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/EXTDATRESINSPA/EXTGMRSPA/EXTGMR2007SPA/0,,contentMDK:21270939~menuPK:3567215~pagePK:3605508~piPK:3605491~theSitePK:3566856,00.html>> (consulta: marzo de 2007).

<sup>67</sup> Véase Programa de Naciones Unidas para el Medioambiente, en <<http://www.pnuma.org>> (consulta: marzo de 2007).

<sup>68</sup> Cf. PETERSMANN (2006: 1).

Dichos acuerdos se dieron a partir de la idea central de la importancia de la liberalización comercial internacional y la necesidad de procurar la estabilidad económica para el mundo. Así, se instauraron el Fondo Monetario Internacional, el Banco para la Reconstrucción y Fomento, entre otros.

En efecto, dicha evolución posterior se plasma en la década de 1990 en ciertos acontecimientos con impacto global, como la institucionalización del comercio mediante la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), sustituyendo o complementando al GATT. Otro caso a citar es el Foro Económico del Asia-Pacífico (APEC), a lo que se suma la creación del Grupo de los Ocho (G-8) y la constitución de la Unión Europea (UE) como última etapa de la integración de esta región económica, dando lugar a la Eurozona<sup>69</sup>.

También se creó el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA, por sus siglas en inglés), la Cumbre de las Américas y el pospanamericanista proyecto de Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), ahora en suspenso; el MERCOSUR y el relanzamiento de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), por solo citar algunos eventos cercanos en el tiempo y mencionados acá en forma aleatoria. En todos estos escenarios, en mayor o en menor medida, hay referencia al DII y su importancia para el desarrollo, así como una constante preocupación por el incentivo al libre comercio como factor dinamizador de las economías locales y regionales, a manera de reedición de los *Zollvereine* del siglo XIX.

A su vez, en cada caso se han producido dinámicas posteriores, no todas de la misma intensidad y alcances positivos, por cierto, pero conceptualmente herederas de la idea primigenia del libre comercio, comprobándose así la relación entre los diversos períodos de la globalización. Es así como, si bien el proyecto ALCA se ha aletargado ante el declive de la multilateralización comercial global<sup>70</sup>, han surgido

---

<sup>69</sup> En el ámbito de las relaciones entre la Unión Europea y los países de América Latina y el Caribe cabe referir la importancia de los acuerdos Lomé y Cotonú, un importante antecedente de la vinculación jurídico-económica que se viene gestando entre estas regiones; en particular, en lo referente a un posible acuerdo de asociación y cooperación comercial a negociarse próximamente entre la Unión Europea y un grupo de países andinos. Sobre los acuerdos de Lomé y Cotonú véase FAIRLIE (2007).

<sup>70</sup> En efecto, en la reunión de la Organización Mundial del Comercio llevada a cabo en Potsdam se confirma esta tendencia, expresada en sendos comunicados formulados por Estados Unidos de Norteamérica y por la autoridad comercial de la Unión Europea. Allí dan cuenta de las dificultades para proseguir con la Ronda de Doha. Véase *Globalaw*, blog de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en <<http://blog.pucp.edu.pe/item/10929>>; Comunicado de la Unión Europea, en <[http://ec.europa.eu/commission\\_barroso/mandelson/speeches\\_articles/sppm158\\_en.htm](http://ec.europa.eu/commission_barroso/mandelson/speeches_articles/sppm158_en.htm)>; comunicado de la autoridad comercial de Estados Unidos de Norteamérica, en <[http://www.ustr.gov/Document\\_Library/Press\\_Releases/2007/June/Statement\\_from\\_USTR\\_Ambassador\\_Susan\\_C\\_Schwab\\_USDA\\_Secretary\\_Mike\\_Johanns\\_on\\_Doha\\_Round.html](http://www.ustr.gov/Document_Library/Press_Releases/2007/June/Statement_from_USTR_Ambassador_Susan_C_Schwab_USDA_Secretary_Mike_Johanns_on_Doha_Round.html)> (consultas: marzo de 2007).

como alternativa los tratados de libre comercio o acuerdos de promoción comercial, como el que recientemente ha negociado el Perú con Estados Unidos.

En suma, durante la última globalización el mundo se está estructurando «multipolarmente» a partir de unas 250 regiones o zonas económicas de libre comercio, uniones aduaneras y otros modelos de integración. Pero, no obstante la relevancia de la idea fuerza de la cooperación económica como principio articulador de tipo comunitario global, lo cierto es que aún se percibe una tendencia hacia la bilateralización de las relaciones internacionales económicas, en particular en el caso de la explosión de TBI<sup>71</sup> y en lo concerniente a los AII. A ello se suma la necesidad de contar con instituciones jurídicas eficientes de alcance global, para regular diversos asuntos como la preservación y tutela de la libre competencia, pero también del interés y el dominio públicos, entre otros.

En este océano-contexto jurídico-económico concurren peces grandes y chicos, las potencias globales y las potencias intermedias emergentes, alrededor de las cuales se agrupan los países periféricos de menor capacidad de concentración de poder geoestratégico. Entre estos destacan los países con economías emergentes, que permanentemente buscan oportunidades y alianzas estratégicas para incrementar su participación en el *global marketplace*<sup>72</sup>.

Esto se da mediante una dinámica que propicia nuevos y adecuados medios jurídicos para la integración y la regulación de los flujos económico-comerciales. Esta emergente megaestructura global, que tiene tanto de estructura como de cuasi estructura, tiende a densificarse<sup>73</sup> como un gran coral en el océano. Este constructo comprende, por ejemplo, la irrupción en el escenario económico-comercial global de los países del este europeo, India<sup>74</sup> y China<sup>75</sup>, así como la

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>72</sup> Los más de sesenta acuerdos regionales celebrados con posterioridad al fracaso de la ronda de DOHA de la OMC en el año 2003, son una demostración de ello. Se instauran así dichos tratados como una alternativa al modelo de integración económica multilateral, de modo que algunas fuentes anuncian la nueva bilatelarización del comercio. Cf. PETERSMANN (2006).

<sup>73</sup> Un importante indicador que permite percibir la «densidad» de la actual globalización es el hecho de que al año 2005 un tercio, ni más ni menos, de las reservas en moneda extranjera de China continental se encontraba consignado en bonos del Tesoro Americano de Estados Unidos. En aquel entonces el total de las reservas chinas alcanzaba los 700 billones de dólares. Véase GOODMAN (2005).

<sup>74</sup> Véase PANGARIYA (2005).

<sup>75</sup> El año 2006 China creció 10,7%, y en algunas de sus provincias costeras, como Guandong y Fujian, el crecimiento fue de 20% anual. Pero este auge no fue excepcional: a partir de 2004, China viene creciendo por encima del 10% anual, y desde 1980 la tasa anual promedio fue de 9,6%. Por eso el producto se multiplicó por cinco en veintiocho años, y el ingreso real per cápita se duplicó cada ocho. Esta es la expansión realizada a la tasa más alta durante el período más prolongado de la historia del capitalismo desde la Revolución Industrial, considerada por el primer ministro chino,

creciente relevancia de la Eurozona y sus nuevos asociados de Europa del Este. La actual es una época en la que regresan a la palestra los viejos espacios otrora integrados por la Ruta de la Seda, pero también se puede verificar que los contenidos conceptuales occidentales están puestos a prueba frente al incremento del comercio y las inversiones. Estas pasan a ser una vez más el factor amalgamador global, fuente de múltiples integraciones y desintegraciones, no exentas de escenarios conflictivos locales e internacionales.

En suma, no cabe duda de que las regiones económicas del mundo coexisten hoy en distintos niveles de desarrollo institucional y económico, colaborando y compitiendo al mismo tiempo entre sí. Sin embargo, al interior de y entre las regiones económicas del mundo, reiteramos, persisten altos niveles de inequidad, acompañados de graves factores de exclusión social y económica, mientras se consolidan una serie de alianzas de diverso cuño<sup>76</sup>. Destacan en la actual coyuntura los casos de los llamados países «fallidos»<sup>77</sup> o de los países menos desarrollados<sup>78</sup> o avanzados, ubicados en diversos espacios geográficos como África<sup>79</sup> y América Latina<sup>80</sup>.

Una característica de las economías en vías de desarrollo es precisamente la necesidad de atraer inversiones hacia contextos socioeconómicos no siempre amigables para lograr dicho objetivo, y con un riesgo político alto. Esto implica una gran contradicción y múltiples retos institucionales, así como la incorporación de elementos jurídicos internacionales. Al mismo tiempo, en el ámbito doméstico de los países receptores o demandantes de inversión, las instituciones jurídicas

Weng Jiabao, como «inestable, desequilibrada, descoordinada e insostenible [...]». China representa el 5,5% del PBI mundial, pero consume 15% de la energía que se produce en el mundo. El cálculo del gobierno chino es que importará en el 2020 el 75% del petróleo que consume, el doble del nivel actual, y consumirá el 10,6% del petróleo mundial. CASTRO (2007).

<sup>76</sup> Sobre las alianzas «virtuales» de las metrópolis que se realizan por medios electrónicos, véase FRUG y BARRON (2006).

<sup>77</sup> Conforme a los indicadores de *Foreign Policy*, el Perú es un país en peligro de convertirse en «fallido», mientras que Colombia se encuentra en estado crítico. Venezuela y Paraguay comparten la calificación que recibe el Perú. Por el contrario, Uruguay, Chile, Brasil y Argentina no se encuentran en una situación límite, ni en peligro ni en estado crítico. Mayores detalles en <[http://www.foreignpolicy.com/story/cms.php?story\\_id=3098](http://www.foreignpolicy.com/story/cms.php?story_id=3098)> (consulta: agosto de 2007).

<sup>78</sup> UNCTAD publicó un informe completo que destaca el impacto negativo del déficit tecnológico y de conocimiento en materia de desarrollo económico. Véase una referencia al Informe UNCTAD 2007 sobre países menos desarrollados en *Globalaw*, blog de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en <<http://blog.pucp.edu.pe/item/12378>> (consulta: agosto de 2007).

<sup>79</sup> Véase RIZVI (2006).

<sup>80</sup> Véase la publicación de la Fundación Canadiense para Las Américas, en <<http://www.focal.ca/pdf/inequidad.pdf#search=%22inequidad%20america%20latina%22>> (consulta: agosto de 2007).

locales responden a duras penas al ritmo de marchas forzadas<sup>81</sup> que imponen los tiempos de la última globalización<sup>82</sup>.

### 3. LOS ÁMBITOS PRIVADO Y PÚBLICO EN EL DII, EL ARBITRAJE EN INVERSIONES COMO FACTOR DE BALANCE EN LA ÚLTIMA GLOBALIZACIÓN

Las normas de DII incorporadas en los TLC y en los TBI, como dos formas de AII que encontramos en la actualidad dispersos a escala global, se orientan generalmente por la necesidad de contar con los medios jurídicos para el balance que debe de existir entre estos dos polos durante el transcurso del tiempo y en los ámbitos de acción transfronteriza que se perfilan en la última globalización. A diferencia del derecho comercial internacional, donde encontramos diversos acuerdos o tratados multilaterales, en el caso del DII existe una gran dispersión de tratados internacionales de alcance bilateral.

Sin embargo, lo público y lo privado interactúan hoy con una mayor intensidad en la medida en que se «densifica» la última globalización. Esto ocurre sobre la base de la problemática inherente a la administración y el ejercicio de poder político<sup>83</sup>, llevado este a la práctica por los Estados y frente a los intereses y las capacidades del capital global o transnacional. Se requiere, entonces, un equilibrio entre el Estado y las diversas capacidades de los grupos de poder económico que operan en los sectores productivos de las economías locales y de las regiones económicas. Esto está comprendido en la base jurídico-económica de la compleja relación que históricamente existe entre inversionistas y Estados<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> Es paradójico el caso del déficit institucional peruano. En los últimos años se han registrado excelentes resultados macroeconómicos. Sin embargo, el Estado y en general la sociedad peruana, carecen de «capacidad de respuesta» frente a las crecientes necesidades de la población y, además, frente a las oportunidades globales que podrían permitir al país incrementar significativamente el flujo de inversiones para su desarrollo económico y bienestar. En consecuencia, prevalecen una serie de problemas estructurales que limitan la posibilidades de lograr un mayor dinamismo económico.

<sup>82</sup> El caso de China es sorprendente, en particular por la falta de consistencia de su actual sistema de impartición de justicia: aparentemente ha habido una modernización acorde con ciertos estándares internacionales, pero la casuística disponible muestra que el Partido Comunista Chino sigue manteniendo el control del aparato jurisdiccional chino. Cf. KLINGST (2007).

<sup>83</sup> Lo que nos llevaría a algo que no abordaremos acá, es decir, a una reflexión sobre el poder político y la obligación política frente a la obligación legal, para lo cual conviene revisar LEGAZ y LACAMBRA (1957: 119-128).

<sup>84</sup> Cf. CHENG (2005: 500).

Se requiere, pues, propiciar el balance entre lo privado y lo público<sup>85</sup> en el eje de relación entre lo nacional o doméstico y lo internacional-global. El DII es una expresión del derecho transnacional contemporáneo que en el plano jurídico caracteriza a la última globalización<sup>86</sup> y que se sitúa precisamente entre lo público y lo privado. Un indicador fáctico para medir la densidad de la globalización consiste justamente en la gran cantidad de TBI y, en general, de AII que hoy involucran a centenares de países. Un indicador cualitativo, a su vez, consiste en la evolución de las disciplinas del DII en el tiempo, que se ha acentuado durante los últimos años.

Por otro lado, los AII introducen medios de solución de controversias y reglas que en muchos aspectos determinan la autogobernabilidad de las relaciones jurídico-económicas que se desenvuelven en el ámbito transnacional<sup>87</sup> y nacional; es decir, donde se materializan las relaciones entre Estados e inversionistas extranjeros, con miras a contar con seguridad jurídica, a partir de una estructura conceptual autopoietica. Esto adquiere relevancia ante una realidad económico-comercial que rebasa largamente las fronteras y soberanías territoriales, trascendiéndolas, pero generando simultáneamente una serie de consecuencias jurídico-patrimoniales en la esfera de lo público y de lo privado. La idea moderna de «Estado-nación» de alcance territorial está siendo superada por el incremento de los espacios transaccionales globales.

### 3.1 La perspectiva del ámbito privado y el *global marketplace*

Más allá de que la cooperación internacional para el desarrollo económico que proclamaba el Nuevo Orden, y del efecto positivo que en este campo tendría la inversión extranjera al operar como fuerza dinamizadora de las economías, lo cierto es que la inversión privada, nacional o extranjera, así como la acción de los inversionistas en los mercados y en diversos espacios de actividad económica, no necesariamente obedece a fines altruistas para el beneficio social. Tampoco responde necesaria e indefectiblemente al fin del bienestar público general o a la necesidad de lograr la eliminación de los múltiples pasivos sociales existentes en los países en vías de desarrollo; es más, no se orientan siempre en función de lograr el desarrollo económico de dichos países. En consecuencia, como es lógico, la inversión privada evoluciona principalmente por el interés de lucrar, acumular y crecer económicamente, generando renta y excedentes económicos.

---

<sup>85</sup> Véase una reflexión sobre el arbitraje, lo público y lo privado en BULLARD (2006: 155-227).

<sup>86</sup> Cf. ZUMBANSEN (2006: 738-754).

<sup>87</sup> Cf. LEHMKUHL (2003).

Esta es una constante que se observa, por ejemplo, desde el surgimiento de las primeras ETA de alcance global hasta la actualidad. Pero también se observan algunos cambios, en particular los ocurridos durante la última globalización; se trata del perfil de responsabilidad corporativa que encontramos en los actuales tiempos, en ámbitos como los derechos humanos, la protección de los menores y la preservación del medio ambiente, entre otros<sup>88</sup>. Esta tendencia influye hoy en la negociación de los AII y en la configuración del DII.

Como es evidente, el logro del bienestar general de las comunidades locales es cuestión de los Estados, de sus políticas públicas y de sus modelos de gobernabilidad. Estos fines no siempre armonizan con los intereses del capital nacional o transnacional privado<sup>89</sup>. Es más, dependiendo del contexto económico, social o histórico, el capital nacional o transnacional está siempre expuesto en mayor o menor medida al riesgo que comprenden las decisiones políticas de los Estados receptores de inversión y capitales. No obstante, los AII ya no pueden ser ajenos a esta realidad.

Por otro lado, los inversionistas se orientan por el lógico interés de generar utilidades<sup>90</sup>, con una clara expectativa económica en lo que implica preservar e incrementar dichas utilidades, a efectos de asegurar la rentabilidad de sus negocios<sup>91</sup>. En tal sentido y en la lógica capitalista, el inversionista nacional o extranjero espera cumplir con obligaciones tributarias y regulatorias «razonables» y «predecibles», que en todo caso no perjudiquen su expectativa de lucro, a lo que se suma su interés por contar con garantías para la protección de sus derechos de propiedad, entre otras preocupaciones esencialmente empresariales. Lo razonable —o la preservación de lo razonable— se convierte así en un factor importante en la conformación de las reglas sustantivas del DII. Esta es también una de sus finalidades, tal como la preservación de la estabilidad y seguridad jurídica para la inversión<sup>92</sup>.

El inversionista espera entonces que estos derechos y expectativas no se vean afectados por medidas, políticas o decisiones estatales arbitrarias y no razonablemente predecibles, tomadas en los lugares donde radican sus inversiones. Según algunas fuentes, la frustración de las expectativas de lucro y la inseguridad en lo que concierne a la tutela oportuna de los derechos de propiedad privada de los inversionistas han conformado, en resumida síntesis, los factores que generalmente

---

<sup>88</sup> Cf. LEADER (2006: 657-703).

<sup>89</sup> Cf. KOOIMAN (2005).

<sup>90</sup> Cf. ROWE (2007: 2).

<sup>91</sup> Una perspectiva crítica respecto de esta lógica se puede ver en WALLERSTEIN (2001: 277; 2002).

<sup>92</sup> Véase VEYTTA (2004).

han limitado el flujo de la inversión extranjera directa (en adelante, IED) hacia los países en vías de desarrollo<sup>93</sup>.

Esto ha ocurrido en un contexto en el que, por ejemplo, ni la doctrina jurídica internacional ni los tribunales arbitrales en el campo del DII alcanzan consenso sobre la existencia de los llamados estándares mínimos de trato al inversionista, confirmando así que históricamente no se trata de un asunto pacífico<sup>94</sup>. A esto se suma, obviamente, que los costos de colocación de inversión en contextos de alto riesgo político son mucho mayores que en contextos con menor riesgo político y problemas de seguridad<sup>95</sup>. La respuesta pragmática que encontramos en este contexto comprende diversos medios, entre los que destacan la solución de controversias en foros internacionales y los sistemas de seguros a las inversiones extranjeras como el que ofrecen el MIGA y otros sistemas locales en los países industrializados.

No obstante, también es cierto que el rol del interés privado es relevante para contribuir al crecimiento económico, al desarrollo de los países y al robustecimiento de las regiones económicas, pues dependiendo del sector económico correspondiente, la inversión actúa como un factor que imprime mayor movimiento al flujo económico. Este, a su vez, genera diversos efectos multiplicadores y encadenamientos productivos entre las economías locales, regionales y, en general, en la economía global.

Sin embargo, como es evidente, a esto se agrega la necesidad de un adecuado diseño y aplicación de las políticas públicas y del DII, en los niveles locales y globales<sup>96</sup>, por lo que es necesario contar con los medios jurídicos y políticos para ofrecer estabilidad y predictibilidad a las inversiones, además de otras seguridades a los inversionistas. Para tal efecto, los capítulos de inversiones usualmente comprendidos en los AII, sean estos TBI o capítulos de inversiones en los TLC, son de particular importancia. En paralelo, hoy se expande considerablemente la inversión extranjera directa en el mundo, consolidando los espacios y flujos transnacionales a ser regulados por el emergente DII e incentivando la competencia entre países para atraer inversiones. No obstante, desde una perspectiva crítica frente a esta visión «promotora» de la inversión, Ghemawat advierte que

Uno de los mantras favoritos de los defensores de la globalización consiste en que «las inversiones no conocen fronteras». Pero ¿qué porcentaje de la inversión total mundial realizan las empresas fuera de sus países de origen? El total del capital

<sup>93</sup> Cf. AKINSANYA (1987: 58).

<sup>94</sup> Cf. PORTERFIELD (2006: 81-82).

<sup>95</sup> Cf. VEYTIA (2004).

<sup>96</sup> En el entendido de que las inversiones efectivamente conducirían al crecimiento económico global y tomando en cuenta que la doctrina no es pacífica y registra diversas posturas al respecto. Véanse McMICHAEL (2000); VANDELDELDE (1998; 2000); MORAN (2000).

global que se genera a partir de la inversión directa extranjera (IDE) ha sido menor del 10% durante los últimos tres años de los que se disponen datos (2003-2005). En otras palabras, más del 90% de las inversiones fijas de todo el planeta siguen siendo nacionales. Y aunque las olas de fusiones pueden elevar la proporción, esta nunca ha alcanzado el 20%. En un entorno globalizado a la perfección, cabría esperar que ese porcentaje fuese muy superior (en torno a un 90%, según mis cálculos). Y la IDE no es un ejemplo raro ni poco representativo<sup>97</sup>.

Efectivamente, si bien los flujos comerciales y de inversiones se han acentuado en la última globalización, todavía se percibe que un alto porcentaje de la IED se concentra en los ámbitos nacionales y en especial, en las ETA.

Adicionalmente y según otras fuentes, también resulta relevante contar en la actualidad con una teoría jurídica para las «economías emergentes», que sirva de base para el *aggiornamento* y la adecuación de las estructuras jurídicas ante los retos propios de la última globalización. De esto fluye que se está dando un proceso de transición para estas economías, el mismo que va de un modelo relacional hacia uno institucionalizado<sup>98</sup>. El DII no es ajeno a esta transición y para ello basta ver los contenidos jurídico-económicos de los AII, que postulan la intervención de instituciones internacionales en la solución de controversias en materia de DII.

Los AII, no obstante su dispersión y poniendo en evidencia la descentralización del DII, permiten hoy la regulación internacional imperfecta de los factores económicos que tienen que ver con la necesidad de procurar el flujo sostenido de inversiones y de regular las complejas relaciones jurídicas conexas, cubriendo el vacío que implica la carencia de institucionalidad integrada y centralizada, en el ámbito de los sistemas jurídicos nacionales e internacionales tradicionales. Como ya se ha mencionado, esto incluye la necesidad de contar con medios especializados de gestión y solución de conflictos. Estos medios deben ser plenamente adaptables a las características de los modelos de interacción transfronteriza o extraterritorial que comprende el flujo de inversiones transnacionales<sup>99</sup>. Podemos apreciarlo en

---

<sup>97</sup> GHEMAWAT (2007).

<sup>98</sup> Cf. NICHOLS (1999: 278).

<sup>99</sup> A efectos de promover inversiones, también se debe tomar en cuenta la relevancia de una variada gama de factores, como la seguridad jurídica interna, el riesgo país y los riesgos políticos, la competitividad, las capacidades institucionales públicas y privadas, la vigencia del Estado de derecho, el nivel de confianza ciudadana en las instituciones públicas y privadas, el derecho interno especializado en la materia y los tratados internacionales en vigencia para el país, entre muchas otras. Por lo pronto, UNCTAD informa sobre el volumen de cambios jurídicos e institucionales producidos en el ámbito global, por parte de los países del mundo en materia de inversiones: se observa una proyección interesante que demuestra la evolución de la última globalización, dado que mientras que en 1991 solamente 35 países introdujeron cambios en sus regímenes de inversiones, en el año 2003 lo hicieron 82 países, es decir, más del doble. Mientras que en 1991 solamente se

el caso del arbitraje o, en general, de las competencias arbitrales especializadas que surgen hoy como una respuesta al proceso de «densificación económica» de la última globalización y en medio de una tendencia a la proliferación de foros internacionales de solución de controversias<sup>100</sup>.

A ello agreguemos las obligaciones positivas y negativas a cargo de las partes en los AII. Las primeras implican el ejercicio del poder del Estado ante determinadas amenazas contra la inversión o los inversionistas, obligando a que el Estado actúe brindando las garantías del caso; las negativas, en cambio, son prohibiciones expresas que obligan a los Estados en el marco de los AII<sup>101</sup>, generando consecuencias para el Estado en el campo del derecho internacional.

De conformidad con algunas fuentes, la concurrencia de estos y otros factores, así como la proliferación de los AII referida líneas antes<sup>102</sup>, demostraría que se encuentra en curso la conformación de un mercado global (*global marketplace*) que pone en evidencia el tránsito o transformación del Estado-nación hacia el Estado-mercado<sup>103</sup>, incluyendo pero no limitándose al flujo de inversiones. De este tránsito surge la base para el derecho transnacional contemporáneo, del cual el DII forma parte fundamental.

Este nuevo escenario se caracteriza en lo político por la necesidad de desarrollar modelos de gobernabilidad en múltiples niveles y sectores nacionales e internacionales<sup>104</sup>. En lo económico, hoy advertimos la transabilidad global de diversos factores, incluidas las fuerzas laborales<sup>105</sup>. A ello se suman el impacto de las nuevas tecnologías<sup>106</sup>, el proceso de «economización» del derecho internacional<sup>107</sup>, la mayor importancia de aspectos regulatorios para la viabilidad de las economías, el resurgimiento, especialización y consolidación de una gama

podieron registrar a escala global unos 80 nuevos tipos de regulación administrativa más favorables a la inversión extranjera, en el año 2003 se registraron 220 (UNCTAD 2004: 8).

<sup>100</sup> Véase al respecto el Proyecto sobre Tribunales Internacionales de la Universidad de Nueva York y de la Universidad de Londres, en <<http://www.pict-pecti.org>> (consulta: agosto de 2007).

<sup>101</sup> Cf. ROBBINS (2006: 403).

<sup>102</sup> Siguiendo la nomenclatura de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (Unctad); en <<http://www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intItemID=2068&lang=3>> (consulta: agosto de 2007).

<sup>103</sup> Véase BOBBIT (2003).

<sup>104</sup> Cf. PETERSMANN (2006: 4).

<sup>105</sup> Cf. STEINGART (2006).

<sup>106</sup> En especial a partir de los medios de comunicación de alcance global, la computadora e Internet, estos últimos como extensión de las capacidades intelectuales y mentales de las personas. Cf. DE TRAZEGNIES (1999). Sobre evolución del conocimiento y la tecnología, entre otros temas, véase además RAMENTOL (2004: 168).

<sup>107</sup> Cf. KUNDMÜLLER (2005: 132-133).

de instituciones jurídicas inmanentes como la *lex mercatoria*<sup>108</sup> y el arbitraje internacional. Este último se presenta en sus diversas expresiones internas (nacionales) e internacionales. En este escenario encontramos también el arbitraje en inversiones, regulado en un número considerable de AII, así como los acuerdos sobre doble tributación, los acuerdos preferenciales de comercio e inversiones y otros. A todo esto se suma el incremento del número de países que son parte de las Convenciones de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, del CIADI y del MIGA.

Esto caracteriza al emergente *global marketplace* y comprende además, en el plano de la praxis arbitral, la expansión de la *lex mercatoria procesal*<sup>109</sup> como expresión del derecho arbitral comparado, que se realiza en los arbitrajes internacionales mediante el uso de una serie de medios jurídicos. En efecto, la creación y aplicación de diversas estructuras de *soft law* acompañan este proceso. Es el caso de las reglas para la actuación de pruebas en sede arbitral de la International Bar Association de 1999<sup>110</sup> y de las reglas sobre incompatibilidades y conflicto de interés en el arbitraje, aprobadas por la misma institución en 2004<sup>111</sup>. Ambas se aplican con frecuencia en los arbitrajes internacionales, por decisión de los árbitros o por acuerdo entre las partes en litigio. Nótese que las dos estructuras jurídicas han sido emitidas por una institución privada de alcance internacional<sup>112</sup>; es decir, no son ley promulgada por país alguno ni tampoco resultado de la puesta en práctica de un tratado internacional.

En consecuencia, la *lex mercatoria procesal* viene desarrollándose a partir de la preeminencia de la autonomía de la voluntad de las partes en los arbitrajes nacionales e internacionales, el creciente rol de los árbitros frente a dicha autonomía *intra partes* y las limitaciones inherentes a las jurisdicciones estatales locales determinadas en leyes nacionales y tratados internacionales<sup>113</sup>.

En el contexto de expansión de la *lex mercatoria procesal* también se da la aplicación y difusión de las disposiciones de los tratados internacionales de arbitraje, como la Convención de Nueva York de 1958<sup>114</sup> o el CIADI. Son estructuras

<sup>108</sup> Cf. TEUBNER (2002: 199-217).

<sup>109</sup> Cf. KAUFMANN-KOHLER (2003: 1313-1333).

<sup>110</sup> Véase <<http://www.ibanet.org/images/downloads/IBA%20rules%20on%20the%20taking%20of%20Evidence.pdf>> (consulta: agosto de 2007).

<sup>111</sup> Véase <<http://www.ibanet.org/images/downloads/guidelines%20text.pdf>> (consulta: agosto de 2007).

<sup>112</sup> Véase <<http://www.ibanet.org/aboutiba/overview.cfm>> (consulta: agosto de 2007).

<sup>113</sup> Cf. NOTTAGE (2003: 7).

<sup>114</sup> Incluye 138 Estados parte a octubre de 2006. Véase <[http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)>, consulta: agosto de 2007).

jurídicas que están influenciando decididamente en el arbitraje internacional o transnacional, a lo que se suma el derecho arbitral que produce la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés)<sup>115</sup>. Por otro lado, en el ámbito contractual, la misma influencia viene ejerciendo el derecho que produce UNIDROIT<sup>116</sup>.

Finalmente, no menos importante es la creciente producción de *soft jurisprudence* o jurisprudencia blanda en materia de DII<sup>117</sup>, la misma que condiciona e influye en los desarrollos jurídicos y la forma como la relación económica-jurídica entre Estado e inversionistas tiende a estructurarse paulatinamente a escala global en los AII; en particular, en lo que concierne a la concepción de las obligaciones de tipo positivo y negativo enunciadas líneas antes y en orden a que el DII es de carácter descentralizado, puesto que no emana de tratado multilateral único y de alcance universal.

### 3.2 El ámbito público y los modelos de gestión adoptados por los Estados

#### 3.2.1 *El crecimiento de la inversión global y el caso peruano*

El segundo factor nos remite a lo público y consiste en que, al mismo tiempo que el DII brinda tutela a la inversión y al inversionista, también limita jurídicamente la soberanía<sup>118</sup> de los Estados. En tal sentido, el DII se estructura en función de los intereses que el Estado tutela, tanto a partir de los compromisos internacionales asumidos por este como en el marco del respectivo derecho interno.

En consecuencia, sería válido afirmar que las disciplinas especializadas en inversiones contenidas en los AII no prescinden de los principios y fundamentos que derivan de la concepción jurídica del Estado. Precisamente los Estados, en ejercicio de su poder soberano, negocian y ratifican los AII; pero también es cierto que compiten entre sí, materializando el interés por atraer inversiones<sup>119</sup>. Del mismo modo, los AII contienen una serie de reglas que toman en consideración la actividad regulatoria administrativa interna del Estado y sus funciones en el marco del Estado de derecho.

<sup>115</sup> Véase <<http://www.uncitral.org>>.

<sup>116</sup> Véase <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>>.

<sup>117</sup> En términos anglosajones, es jurisprudencia sin efectos vinculantes para terceros, que sin embargo pasa a ser un referente en otros arbitrajes en materia de DII. En el caso de los arbitrajes inversionista-Estado, no obstante el carácter no vinculante del laudo, la jurisprudencia arbitral es sin duda tomada en consideración y consultada frecuentemente para el desarrollo de otros casos arbitrales.

<sup>118</sup> Sobre soberanía, véase ANAND (1986: 17-221).

<sup>119</sup> Cf. TRACHTMAN (2002: 80).

Por otro lado, y atendiendo a la fragmentación enunciada líneas antes, las disciplinas jurídicas especializadas en inversiones están estructuradas a partir de un proceso de desarrollo conceptual que no siempre armoniza con el derecho internacional público<sup>120</sup>. Esto ocurre en un contexto que se caracteriza por el inevitable declive del estadocentrismo clásico derivado originalmente de los Tratados de Westfalia y más tarde del modernismo.

Desde esta perspectiva, los acontecimientos de la última globalización se perciben como el colofón de un proceso de varios siglos, habiendo generado un impacto importante en la redefinición de los Estados y sobre las estructuras conceptuales estadocéntricas<sup>121</sup>. Dichos acontecimientos incentivan hoy la transición de un modelo de Estado caracterizado originalmente por ser un prestador de servicios públicos, hacia otro que garantiza y regula mercados. Se trata de Estados que negocian espacios jurídico-económicos en el ámbito global y que compiten con otros Estados para ampliar esos espacios y satisfacer los intereses que representan políticamente<sup>122</sup>.

En consecuencia, el DII se orienta por la necesidad de lograr que lo público esté equilibrado con lo privado y viceversa, máxime cuando por el lado de lo público se trata generalmente de países «importadores» de capital, que tienen la necesidad de atraer inversiones para impulsar el desarrollo de su infraestructura y su economía.

Esto se materializa en un contexto global en el que la inversión extranjera directa ha crecido en un exorbitante 2000%, en menos de veinte años<sup>123</sup>, en especial a partir de la aparición de las «economías emergentes» del sudeste asiático y como correlato de los acontecimientos de la post Guerra Fría reseñados líneas antes. De acuerdo con la unidad de inteligencia económica de *The Economist*<sup>124</sup>, el total de los flujos de ingreso de inversión a nivel global en el año 2010 ascenderá a 1,5 trillones de dólares<sup>125</sup>.

Así, hoy, reiteramos, los países importadores de capital compiten por captar inversiones extranjeras en el *global marketplace*, desplegando estrategias para abrir espacios en el ámbito transnacional. El Perú, al igual que otros países de la región<sup>126</sup>,

<sup>120</sup> Sobre la crisis del derecho internacional consuetudinario véase GUZMÁN (2005).

<sup>121</sup> Sobre las etapas de la globalización: KUNDMÜLLER (2005: 121).

<sup>122</sup> Cf. MIR PUIGPELAT (2004: 36-58).

<sup>123</sup> Cf. STEINGART (2006).

<sup>124</sup> ECONOMIC INTELLIGENCE UNIT (2006).

<sup>125</sup> Equivale a 1,5 millón de billones, pero en la nomenclatura anglosajona estamos hablando de 1,5 mil millones. Tomando en cuenta que la fuente es de origen anglosajón, corresponde seguir la segunda definición.

<sup>126</sup> Como informa García Bolívar, América Latina no es la región que atrae la mayor cantidad de inversión extranjera en el mundo. De un total de 648 billones de dólares de inversión registrada en el año 2004, solo 67 billones tuvieron como destino América Latina, es decir, apenas un 10,3%

es un país importador de capital que no constituye una excepción en este altamente competitivo entorno global. Esto se debe a sus crecientes necesidades y limitaciones internas para captar inversiones<sup>127</sup>.

No obstante, según datos del Banco Mundial, en el contexto global el Perú no figura entre los países más competitivos para captar inversión extranjera<sup>128</sup> ni en la relación de países líderes para hacer negocios, y no cuenta con un clima de negocios competitivo<sup>129</sup>. Ni siquiera está considerado en diversos listados de alcance internacional que pueden ser de interés para los inversionistas. Esto es así, a diferencia de lo que ocurre con otros países de América Latina como Brasil, Argentina y México, entre otros.

Del mismo modo, un reciente estudio informa que el Perú mantiene un déficit general de inversión en infraestructura, lo que incrementa sus limitaciones institucionales para atraer inversiones. Se configura así un círculo vicioso que es necesario romper. En efecto, el déficit por este concepto asciende a 30.365 millones de dólares; es decir, cerca del 40% del PBI nacional, cifra incluso superior a la deuda pública peruana<sup>130</sup>. Este déficit de inversiones restringe las posibilidades de desarrollo del país, en especial cuando las fuentes internas de financiamiento y el ahorro interno resultan insuficientes para cubrirlo. Al déficit de inversiones cabe sumar los elevados costos de los pasivos sociales y ambientales. Los indicadores

---

del total. Esto que indica que existe aún mucho por hacer en lo que concierne a la atracción de inversiones hacia una región del mundo que guarda un gran potencial. Véase GARCÍA BOLÍVAR (2007: 67-96).

<sup>127</sup> Sin embargo, es curioso que en el Perú no siempre se tenga presente ni se valore con la importancia que merece el tema de la inversión productiva y en infraestructura. Se suele resaltar, en cambio, la problemática del comercio nacional y el hecho de que el mercado interno es insuficiente para propiciar el crecimiento económico y que, en consecuencia, sería imprescindible propiciar las exportaciones para «ampliar la oferta exportable hacia otros mercados más grandes». Esto se observó en la campaña para la ratificación del TLC con Estados Unidos, por ejemplo. Cabe destacar, empero, la relevancia de las inversiones ante la carencia de recursos nacionales para incrementar la inversión interna en diversos ámbitos de la actividad económica nacional. Esta situación mella la sostenibilidad de las actividades productivas a nivel interno e incluso afecta la capacidad exportadora del país. En términos económicos las inversiones son tan importantes como el comercio, pero se suele hablar más del comercio que de las inversiones.

<sup>128</sup> De hecho, el Perú no figura entre los cincuenta países más competitivos del mundo, conforme a las estadísticas del World Economic Forum, en lo que concierne al período 2006-2007. El único país de la región que figura es Chile, en el puesto 27. Lidera la lista Suiza y la tierra Indonesia, en el puesto cincuenta. Véase <[http://www.weforum.org/pdf/Global\\_Competitiveness\\_Reports/Reports/gcr\\_2006/top50.pdf](http://www.weforum.org/pdf/Global_Competitiveness_Reports/Reports/gcr_2006/top50.pdf)> (consulta: marzo de 2007).

<sup>129</sup> El Perú solamente figura entre los principales «reformadores económicos», a diferencia de otros países del mundo que sí clasifican y destacan globalmente por promover un buen clima de negocios. Véanse <<http://www.doingbusiness.org>> y *Globalaw*, blog de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en <<http://blog.pucp.edu.pe/item/10277>> (consulta: marzo de 2007).

<sup>130</sup> Véase DU BOIS y TORRES (2006: 7).

económicos que proyecta el país en el ámbito internacional grafican lo dicho y desalientan la inversión<sup>131</sup> o, en todo caso, constituyen factores que incrementan los costos de invertir en el Perú.

Complementando lo descrito, a efectos de dinamizar el desarrollo económico y con la finalidad de incrementar la competitividad del Perú, así como su inserción global, resultaría indispensable triplicar las inversiones en infraestructura. Se debería pasar del actual 1% al 3% del producto bruto interno en inversión<sup>132</sup>. Sin perjuicio de que este no es un tema pacífico y de que no ha existido unidad de criterio respecto de cómo se configuran y definen los esperados efectos positivos de la inversión<sup>133</sup>, los estudios econométricos más recientes demuestran que los AII, y en especial los TBI, contribuyen a atraer inversiones hacia los países importadores que son parte en los mismos, pero siempre que existan estrategias adecuadamente diseñadas y puestas en práctica<sup>134</sup>.

A su vez, lo público también se expresa por el lado de los Estados de la nacionalidad de los inversionistas. Los medios de gestión de conflictos utilizados tradicionalmente por dichos Estados para proteger a sus ciudadanos afectados patrimonialmente por medidas aplicadas contra sus derechos por parte de los Estados receptores de inversión, tampoco han garantizado la eficiencia requerida para resolver este tipo de conflictos.

En efecto, las medidas típicas, como el uso de la fuerza, la suspensión de programas bilaterales de ayuda, la eliminación de preferencias comerciales, el bloqueo o congelamiento de activos del Estado receptor y de sus nacionales radicados en el territorio del Estado exportador, a lo que se suman otro tipo de acciones como votar contra el Estado receptor en los entes o foros de cooperación financiera y económica internacional, finalmente no han comprobado su eficiencia y eficacia. En su mayoría estos son considerados medios de presión política antes que soluciones definitivas y eficientes. Por el contrario, las medidas citadas líneas antes simplemente han contribuido a complicar aún más el panorama de las relaciones entre países importadores y países exportadores de capital<sup>135</sup>.

---

<sup>131</sup> Véanse los indicadores de Naciones Unidas para el caso peruano, en <<http://unstats.un.org/unsd/mdg/Data.aspx?cr=604>> (consulta: marzo de 2007).

<sup>132</sup> Declaraciones de José Luis Guasch, consejero regional de América Latina para Regulación y Competencia del Banco Mundial. Publicado en Agencia de Noticias Andina el 10 de octubre de 2006. Véase <<http://www.andina.com.pe/NoticiaDetalle.aspx?id=100789>> (consulta: marzo de 2007).

<sup>133</sup> Véase MORAN (2000).

<sup>134</sup> Véase NEUMAYER y SPESS (2005).

<sup>135</sup> Cf. AKINSANYA (1987).

### 3.2.2 *Los modelos para la colocación y tratamiento de la inversión*

De conformidad con la doctrina del DII, existen diversos modelos en lo que concierne a la colocación y tratamiento de la IED por parte de los inversionistas y, a partir de las implicancias de ello, en el marco del derecho interno y del DII. Un estudio reciente de Franck destaca el *Modelo de preferencia por la ubicación de la IED*, por contraste con el *Modelo basado en la realidad de los criterios políticos y económicos* y, finalmente, el *Modelo de libre mercado*<sup>136</sup>.

En el primer modelo los inversionistas se preocupan menos de las particularidades de las reglas de solución de controversias, de modo que le otorgan prioridad al hecho de hacer todo lo posible para establecer su inversión dentro de un mercado determinado, tomando en cuenta principalmente las características y dimensiones del mismo. China es un claro ejemplo de este modelo como país receptor de inversión, y paradójicamente mantiene un alto liderazgo en el mundo atrayendo inversión. En este caso, los inversionistas compiten entre sí para colocar inversión en China.

Curiosamente, China ha contado con una serie de TBI que ofrecen protección a los derechos sustantivos de los inversionistas. Comoquiera que algunos TBI que comprometen a China no contienen reglas en materia de solución de controversias inversionista-Estado, los tribunales chinos se han encargado de resolver estas controversias. Sin embargo, las controversias sobre la determinación del monto indemnizatorio derivado de una expropiación sí ha sido considerada materia arbitrable en la mayoría de los TBI de los que China es parte.

Por contraste, los demás derechos sustantivos en materia de inversiones siempre se han sometidos a los tribunales nacionales chinos, confirmando así la vigencia del modelo en mención<sup>137</sup>. En el caso de este primer modelo se constata, así, que el acceso limitado al arbitraje no se ha convertido en un aspecto que desincentive a los inversionistas; es decir, el interés por lograr la ubicación de la IED en un mercado con determinadas características es mucho más importante, para estos, que factores como los derechos adjetivos o procesales de los inversionistas, que permiten recurrir a los foros internacionales de solución de controversias.

El segundo es el *Modelo basado en la realidad de los criterios políticos y económicos*. Este consiste en que cuando existe una relación estable y fuerte entre países en materia política y económica, la creación de medios internacionales de solución de controversias inversionista-Estado deviene en innecesaria. Australia ofrece un modelo para este caso. Recientemente, Australia y Estados Unidos

<sup>136</sup> Cf. FRANCK (2007: 357).

<sup>137</sup> FRANCK (2007: 358).

suscribieron un tratado de libre comercio, denominado AUSFTA por sus siglas en inglés. Este tratado contiene disposiciones sustantivas para la protección de los inversionistas, pero no pone a su disposición ningún foro internacional de solución de controversias al cual acudir ante la violación de dichas disposiciones por parte de uno de los Estados parte en el tratado.

Es más, el artículo 11.16 del capítulo de inversiones del tratado en mención establece que los Estados parte actúan como «guardianes»<sup>138</sup> bajo la lógica del capítulo. Estos cuentan con atribuciones para decidir si se procede o no al arbitraje y a efectos de prevenir la ocurrencia de reclamaciones «frívolas» que afecten la ecuación de costo-beneficio entre las partes y que sean resultado de la especulación económica antes que de verdaderas violaciones a los derechos en materia de DII. Era la misma lógica que inspiraba el tratado de libre comercio entre Canadá y Estados Unidos antes de la incorporación de México y como antecedente del NAFTA. Dado el cambio que supuso la incorporación de México, se creó una nueva estructura normativa en el NAFTA; en particular, en lo que se refiere a su Capítulo XI.

Las lecciones aprendidas por Estados Unidos a partir del capítulo de inversiones del NAFTA trascienden los países vinculados por dicho tratado. En efecto, dichas experiencias y los modelos normativos allí contenidos han generado una influencia significativa en otros tratados de libre comercio negociados y ratificados por Estados Unidos y otros países. Por ejemplo, desde diciembre de 2003 Estados Unidos ha concluido negociaciones para obtener la ratificación de tratados de libre comercio con países como Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Australia, Chile, Panamá, Perú, República Dominicana, Colombia, Israel, Jordania, Singapur, Malasia, Omán, Bahrain, Marruecos, los países de la Unión Aduanera Africana y otros. Del mismo modo, se encuentran en curso posibles negociaciones con otros países como Taiwán, Corea y Tailandia<sup>139</sup>.

Regresando al AUSFTA, la posibilidad de arbitrar está abierta, pero en la medida que la legislación interna del país respectivo permita que el Estado arbitre<sup>140</sup>. No obstante, el comercio y las inversiones han fluido sin problemas entre ambas partes del AUSFTA. Esto se ha debido principalmente a la realidad político-comercial que existe entre las partes y a la consistencia de la asociación comercial entre ambos Estados, lo que conforma una amplia base para que las controversias se resuelvan a partir de un diálogo económico, político y diplomático, antes que mediante medios internacionales como el arbitraje inversionista-Estado.

---

<sup>138</sup> Para ver con más detalle la noción de *guardián* en este contexto, consúltese FRANCK (2005: 1585-1591).

<sup>139</sup> Cf. AMIRFAR y DREYER (2007: 39).

<sup>140</sup> Cf. FRANCK (2007: 359).

Finalmente, en el *modelo de liberalización de mercados* la modernización y liberalización de los mercados internos facilita el flujo de la IED y las disposiciones sustantivas de los AII en materia de DII se convierten en elementos para la promoción de IED. Brasil e Irlanda son ejemplos del modelo; ambos han modernizado y liberalizado sus economías durante las últimas dos décadas. Por ejemplo, Brasil ha privatizado negocios estatales para promover la competencia. El nivel de IED en ambos países es muy alto; esto se vincula con el éxito económico interno. Por lo pronto, Brasil ha firmado una serie de TBI, pero, curiosamente, no ha ratificado ninguno<sup>141</sup>.

Pero tanto Brasil como Irlanda sirven como ejemplos para graficar lo observado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), en el sentido de que en ambos casos se puede advertir que la existencia de TBI no guarda relación con el volumen de IED. No obstante, es razonable sostener que el éxito económico de estos países refleja un modelo de liberalización económica en marcha. Se trata de un escenario interno que se caracteriza por sus esfuerzos para liberalizar mercados, ofrecer facilidades a la IED, propiciar el Estado de derecho (*Rule of Law*), ofrecer medios confiables de solución de controversias y suministrar incentivos críticos a las inversiones nacionales y extranjeras, entre otros. Aparentemente, estas medidas de buen gobierno reducen los riesgos de las inversiones y pueden desembocar en efectos positivos en materia de desarrollo<sup>142</sup>.

### 3.3 El arbitraje en inversiones como factor de balance público-privado

Dependiendo del modelo adoptado en la definición de los AII, una de las más importantes estructuras jurídicas de balance en este contexto de globalización y transnacionalización económico-jurídica es sin duda el arbitraje entre inversionistas y Estados. Esto, en especial por sus posibilidades de adecuación a la dinámica y realidades inherentes a los flujos económicos que se dan en el espacio transfronterizo, a lo que se suman sus posibles efectos positivos para la gobernabilidad y predictibilidad, haciendo sostenibles las relaciones entre los operadores transnacionales —Estados o particulares— y creando condiciones favorables para la seguridad jurídico-económica de tales flujos mediante la internacionalización de dichas relaciones<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> FRANCK (2007: 362-363).

<sup>142</sup> FRANCK (2007: 364).

<sup>143</sup> Debido a una serie de factores «democratizadores» de la solución de controversias por la vía arbitral, por contraste con lo que significa recurrir a la jurisdicción estatal, a lo que se suman algunas características adicionales como flexibilidad, menor formalidad y racionalidad económica, entre otras.

En términos generales —y, como hemos visto, dependiendo del modelo adoptado y de los contenidos del marco jurídico establecido en el respectivo AII— esto permite a un inversionista, originalmente sometido a los tribunales nacionales del territorio del Estado receptor, iniciar un arbitraje contra dicho Estado en forma directa<sup>144</sup>. Incluso es posible llevarlo a cabo ante un foro arbitral internacional. En consecuencia, en el marco del actual DII se abren espacios para la gestión deslocalizada<sup>145</sup> de conflictos inversionista-Estado por la vía arbitral, usando modelos provenientes del arbitraje comercial, tal como este fue gestado en las ferias europeas entre los siglos XI y XIII, bajo la forma de los célebres *Piepowder Courts*<sup>146</sup>.

El inversionista puede iniciar el arbitraje sin tener que recurrir a los medios tradicionales de protección jurídica internacional y hasta sin necesidad de agotar las vías internas previas de solución de controversias ante dicho Estado. Generalmente debe ser una inversión extranjera «cubierta» por un AII, que cumpla además los requisitos establecidos en dicho AII, tales como encontrarse en el ámbito de aplicación del AII o ser un inversionista «de la otra parte», entre otros.

### *3.3.1 Limitaciones de otras opciones para la gestión de conflictos durante la última globalización*

Diversas fuentes doctrinarias coinciden en que las otras opciones de gestión o solución de controversias no podrían competir con las ventajas estructurales que por ahora ofrece el arbitraje internacional en materia de inversiones. Estas ventajas, dependiendo del modelo a aplicar, tienden a consolidarse durante la última globalización<sup>147</sup>.

Las otras opciones para resolver este tipo de conflictos, prácticamente en desuso, consistirían en: a) recurrir a la jurisdicción estatal del Estado receptor de la inversión; b) recurrir a la jurisdicción del Estado del inversionista; c) recurrir a la jurisdicción de un tercer Estado; d) que el inversionista active el endoso<sup>148</sup> de la reclamación mediante la reclamación diplomática, a efectos de que su Estado

<sup>144</sup> Véase SCHREUER, Christoph (2006).

<sup>145</sup> Cf. AL FARHAN (2002).

<sup>146</sup> Cf. EWART (1903).

<sup>147</sup> Lo que abunda a favor de la teoría de la deslocalización del arbitraje. Véase AL FARHAN (2002).

<sup>148</sup> Como resolviera la Corte Permanente de Justicia en el caso de las concesiones palestinas Mavrommatis, siguiendo la doctrina de Emmerich de Vattel sobre el estándar mínimo de trato de los extranjeros en el derecho internacional: «[...] *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 his own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law*». Cf. FALSAFI (2007: 322).

lleve a cabo las acciones del caso contra el Estado infractor<sup>149</sup>; o e) recurrir al uso de la fuerza como en las épocas de la *gunboat diplomacy* del siglo XIX y principios del siglo XX, propio de las primeras etapas del panamericanismo de Estados Unidos de Norteamérica.

La última opción es inaceptable y en los otros casos encontramos las limitaciones técnicas propias<sup>150</sup> de la jurisdicción estatal estática, que suelen combinarse con los respectivos problemas de confianza entre las partes, salvo que el modelo adoptado, conforme lo sostenido por Susan Franck, haga viable la aplicación de dichas opciones. Adicionalmente, en el caso del endoso, si bien existe en general la obligación de los Estados de proteger a sus ciudadanos, también es cierto que el Estado puede decidir soberanamente si otorga o no la protección diplomática al inversionista que tiene su nacionalidad<sup>151</sup>, a lo que se suma el hecho de que el endoso implica que el Estado se subrogue en el lugar y derechos de su ciudadano, por razón de nacionalidad e intereses nacionales. De esto fluye que toda indemnización, en caso de endoso, ya no será emitida a favor del privado que formula la reclamación diplomático, sino a favor del Estado que le brinda tutela y protección diplomática<sup>152</sup>.

Por otro lado, y como se observa a partir de diversas fuentes, la jurisdicción estatal estática no necesariamente ha sido concebida ni diseñada para abocarse siempre en forma eficiente y eficaz a la solución de controversias internacionales de raigambre jurídico-económica, alcance transfronterizo y expresión dinámica<sup>153</sup>; es decir, la jurisdicción estatal es de alcance intrafronterizo y es imposible de adaptar a las realidades transaccionales internacionales. En todo caso, su aplicación implicará siempre el incremento de los costos de transacción.

En ese sentido, pero dependiendo de las ventajas o desventajas del modelo adoptado en cada país o región económica, en el ámbito de especialización jurídica que supone el DII, las limitaciones de la jurisdicción estatal estática son similares a las que encontramos en la gestión y solución de conflictos comerciales privados o de tipo patrimonial, de alcance intra- o transfronterizo. En consecuencia, ante

---

<sup>149</sup> Cf. SHAW (1997: 562-563).

<sup>150</sup> Con esto no se niega el rol preponderante que legítimamente corresponde a la jurisdicción estatal nacional, la misma que finalmente concurre con otros medios de solución de controversias de carácter nacional e internacional, como el arbitraje, la conciliación y otros. De allí surge la necesidad de promover la eficiencia y el perfeccionamiento de los vasos comunicantes que existen entre todos estos medios y la actividad jurisdiccional del Estado, para consolidar en la práctica el ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales del Estado y la competitividad de las economías nacionales en el ámbito internacional.

<sup>151</sup> Cf. SHAW (1997).

<sup>152</sup> Cf. FALSAFI (2007).

<sup>153</sup> Cf. CALLIESS (2001).

las necesidades derivadas de los flujos transnacionales y de los nuevos modelos de contratación internacional se puede verificar que hoy es usual la aplicación del arbitraje comercial nacional o internacional. Esto se da según sea el caso y en el contexto de diversas competencias arbitrales especializadas<sup>154</sup>, muchas de ellas de alcance global y como parte del fenómeno de proliferación de competencias o foros internacionales que comprende la última globalización<sup>155</sup>.

### *3.3.2 El DII, derecho transnacional descentralizado, equilibrio y balances para la prevención de riesgos*

El DII se orienta por la necesidad de generar el equilibrio entre los dos «polos» o ámbitos antes descritos: lo público y lo privado. Estos polos se encuentran vinculados. Pero atendiendo al contexto histórico de las diversas globalizaciones o etapas de la globalización, dicha vinculación no necesariamente se da en forma pacífica o armónica. Para ello, y como ya se ha adelantado, el DII comprende normas sustantivas y adjetivas, de modo que en la actualidad las fuentes doctrinarias llegan incluso a postular que dicho equilibrio entre los polos público y privado es indispensable para la gobernabilidad global<sup>156</sup>.

Esto se explica porque estamos en un mundo globalizado comercial, económica y financieramente, que carece de un poder centralizado y, por ende, de un poder judicial centralizado de alcance mundial. Pero también es cierto que debido a la mayor interconectividad, las nuevas tecnologías y el incremento geométrico de las transacciones económicas, el contexto actual ofrece espacios significativos para el ejercicio de diversas acciones de alcance y repercusión global.

Así, en la gama de posibilidades que existen en materia de gestión de conflictos se incluye la opción de recurrir a fórmulas jurídicas descentralizadas especiales, como el arbitraje entre inversionistas y Estados. La fuerza de gravedad de esta realidad globalizada y «globalizante», como es evidente, se concentra hoy en el campo de las libertades económicas, antes que en lo que concierne al libre tránsito de las personas. La preeminencia de lo económico es prácticamente una constante que ya no pasa desapercibida.

#### a) Lo público, la soberanía y sus riesgos

En la concepción moderna del Estado de derecho, la soberanía estatal entraña la plena libertad del ejercicio del poder proveniente de una colectividad autodelimitada

<sup>154</sup> Cf. WEINBERG (1994: 227).

<sup>155</sup> Véase el proyecto sobre tribunales internacionales de la Universidad de Nueva York y de la Universidad de Londres en <<http://www.pict-pecti.org>>. Véase, además, ROMANO (1999: 709 y ss.).

<sup>156</sup> Cf. WÄLDE (2004: 1-87). Véase, además, PETERSMANN (2006).

territorialmente y organizada institucionalmente bajo la forma de un Estado. Esta libertad de ejercicio del poder soberano puede ser democrática o no, pero tiene ciertamente más probabilidades de ponerse en práctica<sup>157</sup> ante la eventual ocurrencia de cambios bruscos de circunstancias<sup>158</sup> o debido a diversos tipos de amenazas internas o externas que demanden el uso del poder para la tutela del llamado *interés público*<sup>159</sup>.

En ambos casos se podrá verificar cómo se activan los procesos de toma de decisiones políticas en función del interés público de cada país o de las respectivas motivaciones políticas. Nótese que la sola existencia «en potencia» de esta posible decisión política también constituye una potencial amenaza, que entraña un efecto económico medible<sup>160</sup>. Si esto se materializa en una decisión, las consecuencias generarán un costo o incluso un sobrecosto de transacción; pero también lo hace, es decir, genera un costo, a partir de la nuda idea del eventual, puro y simple ejercicio del poder estatal soberano, máxime cuando dicho ejercicio puede darse en contextos que se caracterizan por una baja institucionalización jurídico-económica y alta incertidumbre.

En consecuencia, los factores de riesgo antes mencionados tienden a incrementarse si las estructuras institucional y jurídica internas carecen de la robustez, estabilidad y predictibilidad necesarias. Esto se agrava cuando tales estructuras no ofrecen «pesos y contrapesos» en los procesos de toma de decisión, ante la fragilidad e inconsistencia institucional, más aún cuando dicho déficit institucional tampoco garantiza la representatividad política en los procesos de decisión, afectando así la gobernabilidad y generando un círculo vicioso de orden político difícil de romper.

---

<sup>157</sup> Cf. GANTZ (2004: 683).

<sup>158</sup> Los instrumentos jurídicos de los que se vale el DII sirven precisamente para prevenir abruptos cambios de circunstancias, al precisar sus consecuencias en términos de responsabilidad del Estado y «estabilizar» las relaciones jurídico-económicas que comprende la inversión extranjera en los países receptores de inversión. En la legislación peruana esta concepción «estabilizadora» se expresa además en los «contratos ley» previstos constitucionalmente.

<sup>159</sup> Cf. CHENG; *Ibid.*

<sup>160</sup> Otra característica de la última globalización y de las tecnologías disponibles en el campo de la comunicación y las informaciones es que todo es medible: el clima de negocios, la corrupción, la capacidad para atraer inversiones, las consecuencias ambientales, la gobernabilidad, la democracia, etcétera. Todos estos factores son analizados constantemente por diversos operadores globales públicos o privados, que publican con frecuencia la información que será tomada como base para la toma de decisiones. Muchos de estos operadores incluso pueden llegar a tener más poder que algunos Estados, por el solo hecho de acopiar y administrar información para decidir acciones estratégicas. Es el caso, por ejemplo, de diversas organizaciones no gubernamentales, entre otras.

## b) La estructura trilateral de relaciones en el DII

Las decisiones soberanas configuran una parte importante del riesgo político, el mismo que es percible y genera consecuencias económicas muchas veces de gran envergadura para los países importadores de capital. Este impacto se produce tanto al interior de las fronteras territoriales como fuera de estas y en los mercados globales. De ello se desprende que la competitividad de los países en los mercados globales depende en gran medida de la consistencia institucional que cada país sea capaz de ofrecer.

Esta percepción de riesgo y su dimensión económica condicionarán finalmente la conformación de la estructura trilateral de las relaciones jurídicas y económicas<sup>161</sup> que comprende la inversión extranjera en el ámbito transnacional, extendiéndose dicho condicionamiento a lo que se refiere a la adopción del modelo a seguir. Esto implica la interacción en distintos niveles entre el inversionista extranjero, el Estado receptor y el Estado de la nacionalidad del inversionista<sup>162</sup>. Sin embargo, y como es obvio, esta interacción trilateral demanda seguridad jurídica, estabilidad, predictibilidad y, por ende, racionalidad jurídico-económica.

Es evidente, entonces, que frente a los lógicos riesgos que derivan del potencial ejercicio del poder omnímodo y soberano del Estado sea pertinente contar con las garantías jurídicas e institucionales que permitan racionalizar la posible problemática que potencialmente deriva de ello, haciéndola jurídicamente previsible y asegurable, reduciendo así los costos de transacción e incrementando las oportunidades económicas para las partes en función del modelo adoptado<sup>163</sup>.

Para tal efecto, como una parte de la estrategia integral en materia de inversiones hoy se recurre al DII y, en consecuencia, a la racionalización económico-jurídica de la mencionada estructura relacional trilateral. Tal estructura conceptual suele estar acompañada de los correspondientes medios de gestión de conflictos, como el arbitraje en inversiones. Esta gama de factores opera en conjunto como un potencial o real contrapeso a la realidad del ejercicio del

---

<sup>161</sup> En efecto, dada la posible existencia de un AII celebrado entre Estados y que puede estar conformado de diversas formas; entre otras, en el capítulo de inversiones de un TLC o en las cláusulas de un TBI. Dichos acuerdos contienen, por regla general, las disposiciones para la solución de controversias entre los Estados parte. Sin embargo, por otro lado, también contienen disposiciones para la solución de controversias entre inversionistas y Estados, en las cuales el inversionista no deja de ser nacional del Estado que suscribió el respectivo acuerdo internacional de inversiones, y por ende, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, mantiene su derecho a la correspondiente protección diplomática y otros derechos, de ser el caso.

<sup>162</sup> UNCTAD (2003a: 8).

<sup>163</sup> Cf. TRACHTMAN (2002).

poder soberano estatal, inclusive en el caso de las consecuencias derivadas de las prácticas inherentes a la *Realpolitik*. De ahí que para algún sector de la doctrina el arbitraje inversionista-Estado implica simplemente una cesión de poder por parte del Estado a favor del inversionista. Ante la ocurrencia de determinados supuestos previstos en el respectivo AII —la violación de derechos sustantivos en el marco del DII, por ejemplo—, el inversionista está facultado para actuar iniciando el arbitraje en aplicación del AII, entendiéndose en todo caso que dicha cesión de poder está motivada en la necesidad, también de interés público, de captar inversiones para el desarrollo económico<sup>164</sup>.

Adicionalmente, los AII distinguen entre los medios de solución de controversias entre los Estados parte y los medios de solución de controversias entre Estados e inversionistas. En consecuencia, también en el ámbito de la gestión de conflictos entre Estados los AII ofrecen estructuras preestablecidas para la solución pacífica de las controversias. Cabe reiterar que las reflexiones que se desarrollan en el presente trabajo se concentran principalmente en el tema de la gestión de conflictos inversionista-Estado.

#### 4. EL ARBITRAJE EN LOS TLC EN EL MARCO DEL DII

Si bien los casos que encontramos en el derecho internacional, como el *Barcelona Traction* y *ELSI*, son solo una muestra de la evolución paulatina del tratamiento de las controversias entre Estados<sup>165</sup> derivadas de inversiones, a lo que regionalmente se agrega la extinción o transformación gradual de la doctrina Calvo en la región de América Latina<sup>166</sup>, lo cierto es que los entes privados, personas naturales o jurídicas, han carecido tradicionalmente del *ius standi* inmediato; es decir, no podían comparecer por sí mismos ante los tribunales internacionales, como por ejemplo ante la Corte Internacional de Justicia y su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Esta situación ha variado significativamente durante la última globalización, en particular de acuerdo con las últimas tendencias en materia de DII, en lo referido a la solución de controversias y dependiendo del modelo o la concepción jurídica con la cual se establecen los regímenes de tratamiento a la inversión, tanto en los ámbitos locales como regionales. Por otro lado, los casos antes mencionados de conflicto Estado-Estado son los únicos que han sido resueltos en la Corte

<sup>164</sup> Cf. HONG (2005: 14-22).

<sup>165</sup> Sobre la historia de la solución pacífica de controversias entre estados, véase DONNER (1999: 103-124).

<sup>166</sup> Cf. CREMADES, (2004: 78 y ss.).

Internacional, en materias relacionadas con inversiones y protección diplomática; no existen otros antecedentes al respecto<sup>167</sup>.

#### 4.1 Evolución histórica de los AII y sus disposiciones

Las posibilidades de acceso directo de un inversionista privado a un foro internacional han estado históricamente mediatizadas por el hecho y la necesidad de que el Estado de origen del inversionista le brinde la protección diplomática del caso<sup>168</sup>. Una vez verificada la protección diplomática, y por la vía del endoso<sup>169</sup>, el mismo Estado hace suya la reclamación del inversionista<sup>170</sup>. Esto, con la finalidad de recurrir al foro arbitral correspondiente para buscar soluciones políticas o diplomáticas que pongan fin a la controversia<sup>171</sup>. Como se ha señalado anteriormente, esta estructura pasa por el interés soberano del Estado para brindar la protección del caso al ciudadano de su nacionalidad, a lo que se suma la necesidad de que este ciudadano solicite oportunamente la protección diplomática que le corresponde, en el ejercicio de sus derechos como nacional al cual solicita la protección<sup>172</sup>.

Esta concepción jurídica de la figura del endoso a partir de un acto de soberanía estatal y la eventual resistencia de los Estados a proporcionar protección diplomática y representar los intereses de sus nacionales, o para subrogarse en la posición de estos mediante el endoso, pasó a convertirse en la mayor motivación para el desarrollo de los AII; en especial de los TBI, cosa que ocurrió a partir de las décadas de 1970 y 1980 del siglo pasado. Se configura de este modo el origen de las normas especializadas para la solución de controversias entre inversionistas y Estados, recogidas en la estructura jurídica híbrida del NAFTA y de los sucesivos AII, en plena etapa inicial de la última globalización<sup>173</sup> (reiteramos: siempre que el modelo adoptado así lo disponga).

---

<sup>167</sup> Cf. BJORKLUND (2005: 818).

<sup>168</sup> Resulta de interés para el Perú el caso Canevaro, ocurrido a fines del siglo XIX y principios del XX, entre el Perú e Italia, citado en GARMENDIA (2001).

<sup>169</sup> Cf. RAMACCIOTTI (1990: 73 y ss.).

<sup>170</sup> Pero con este esquema la protección estatal se ha basado consuetudinariamente en el derecho a la protección diplomática y no en la tutela estatal a partir del derecho internacional de las inversiones.

<sup>171</sup> Cf. WILTSE (2003: 1152).

<sup>172</sup> El Estado se encuentra en libertad (soberana) de proceder al endoso y, por otro lado, los derechos del nacional son irrenunciables; de modo que la prohibición de recurrir a la protección diplomática contenida en la legislación de América Latina a partir del auge de la doctrina Calvo no llegó a tener el carácter vinculante de otras normas de derecho internacional ni constituyó derecho internacional consuetudinario. Cf. RAMACCIOTTI (1990).

<sup>173</sup> Cf. WILTSE (2003: 1151).

Otra vertiente desde la doctrina señala que, dadas las características de la realidad jurídica de la inversión y de los inversionistas extranjeros en el país receptor de la inversión, se genera un potencial estado de indefensión y dificultades de acceso a la justicia. Por esta razón fluye de suyo la necesidad de contar con medios internacionales de solución de controversias. En tal sentido, y en términos generales, se entiende como estado de indefensión incluso el caso en el que la jurisdicción estatal, judicial o administrativa, del país receptor de la inversión, resuelva una controversia mediante sentencia o resolución definitiva y cuando el inversionista, no obstante ello y encontrándose insatisfecho con dicha decisión, decide acudir a la jurisdicción internacional mediante un proceso aduciendo violaciones al AII y recurriendo a la vía de solución de controversias prevista en dicho AII<sup>174</sup>.

#### *4.1.1 Importancia de los Tratados Jay de 1794 para el DII actual*

Algunos autores informan que el origen de los instrumentos jurídicos internacionales contemporáneos que sirven de marco jurídico para regular las relaciones entre inversionistas y Estados, conformando la base del DII, se ubica en los primeros acuerdos esencialmente comerciales concertados por Estados Unidos durante los tiempos inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial, similares en la forma a los viejos acuerdos de navegación, amistad y comercio de los siglos XVIII y XIX. La regulación de las inversiones no se encontraba expresamente prevista como hoy lo hace un AII; es decir, un TBI o un TLC de última generación<sup>175</sup>.

Cabe destacar en este punto que, en esencia, los TLC contemporáneos incorporan en el respectivo capítulo de inversiones<sup>176</sup> la estructura propia de un TBI y de los medios de gestión de conflictos que correspondan, incluido el arbitraje inversionista-Estado. Con esta estructura conceptual se hace hoy viable el acceso directo o *ius standi* del inversionista, dándole la posibilidad de iniciar un arbitraje en contra de un Estado. El inversionista puede entonces iniciar acciones ante un foro internacional. De esta manera se ha creado un nuevo estándar internacional que paulatinamente tiende a consolidarse en el ámbito global<sup>177</sup>; en particular, en los AII celebrados entre países «en vías de desarrollo» y países «desarrollados».

Siguiendo con la evolución histórica de las estructuras jurídicas especializadas para el tratamiento de la inversión, es con posterioridad a 1946 cuando

<sup>174</sup> Cf. BJORKLUND (2005); PAULSSON (2005).

<sup>175</sup> Cf. SALACUSE Y SULLIVAN (2005: 75).

<sup>176</sup> Nos referimos por ejemplo al capítulo 11 del NAFTA, al capítulo correspondiente del TLC Chile-Estados Unidos o al capítulo correspondiente del TLC CAFTA-Estados Unidos.

<sup>177</sup> Cf. MANNING-CABROL (1995: 1169).

Estados Unidos procedió a la ratificación de veintitrés TBI, situación que se extendió hasta el año 1966, reeditando de esta manera la tradición de los Tratados Jay, celebrados con el Reino Unido durante los tiempos poscoloniales<sup>178</sup>. Los Tratados *Jay* incorporaron por primera vez, en tiempos modernos, la entonces muy controvertida posibilidad de que los particulares puedan litigar contra un Estado en un foro arbitral, extrajurisdiccional y fuera del ámbito de decisión de los tribunales de un Estado<sup>179</sup>.

Claro que la experiencia de los Tratados Jay, aunque definidos como «veniales» por Thomas Jefferson, corresponde a una época específica, propia de hace más de doscientos años. En 1794, el negociador americano John Jay<sup>180</sup> generó facilidades en el marco de los acuerdos de amistad, comercio y navegación, para que los acreedores británicos, en tiempos de la descolonización norteamericana, recurrieran a la vía arbitral para resolver disputas derivadas de usurpaciones de patrimonio una vez concluida la guerra de la independencia.

En aquella época Estados Unidos era una nación «subdesarrollada», emergente, deudora. Adicionalmente, sus políticas de Estado se orientaban por los principios del nacionalismo económico<sup>181</sup>. La alternativa tremendamente onerosa hubiera sido otra vez la guerra o el uso de otros medios tradicionales. El testimonio histórico que se puede recoger a partir de la negociación y aplicación de los Tratados Jay constituye sin duda una clave para entender cómo el arbitraje termina abriéndose un espacio natural como medio de solución de controversias, en escenarios críticos como el de la descolonización y las reclamaciones derivadas de tales procesos históricos. Nótese que el surgimiento del CIADI, un siglo y medio más tarde que los Tratados Jay, se registra precisamente en tiempos de la última descolonización, posteriores a la Segunda Guerra Mundial.

#### *4.1.2 La relevancia de la post Segunda Guerra para el DII y el modelo Abs-Shawcross*

En efecto, la «primera etapa de desarrollo de los AII», cuyo antecedente fueron los Tratados Jay, no se caracterizó por una expansión significativa de este tipo de tratados para Estados Unidos. Posteriormente, luego de la Segunda Guerra

---

<sup>178</sup> La ratificación de dichos tratados no fue pacífica en Estados Unidos. Como señala Roger Alford, «When news of the terms of the treaty broke, there were literally mobs in the streets. Chief Justice John Jay was declared a traitor and burned in effigy. George Washington's reputation was assailed as never before, with Thomas Jefferson describing the treaty as a "monument of venality"» (2003: 72).

<sup>179</sup> Cf. TIETJE (2003: 5).

<sup>180</sup> En su oportunidad, presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos.

<sup>181</sup> Cf. AGUILAR ÁLVAREZ y PARK (2003: 266).

Mundial, los países europeos toman la iniciativa, dando lugar a lo que Salacuse denomina la «segunda etapa de desarrollo de los AII». Esta se intercala con la primera etapa, en la década de 1950<sup>182</sup>. En este caso, una de las motivaciones históricas de la negociación y ratificación de TBI fue el proceso de descolonización respecto del remanente de colonias europeas que terminaron emancipándose a raíz de los resultados de la Segunda Guerra Mundial, lo que implicó una significativa ola «nacionalizadora» y de expropiaciones por parte de los novísimos Estados soberanos sobre los activos de las «empresas coloniales», muchas de estas concentradas en actividades primarias de extracción y comercialización de materias primas.

Adicionalmente, y como consecuencia de la guerra mundial, los «perdedores» y sus antiguas colonias pasaron a ser importadores netos de capital, ante la devastación que dejó el conflicto. En este punto resulta de sumo interés tener en cuenta que tanto los Tratados Jay como el CIADI o ICSID surgen en momentos diferentes de «descolonización», mientras que la génesis de los TBI europeos está influenciada por las situaciones económicas críticas y hasta desastrosas de sus promotores y por su necesidad de atraer inversiones, en medio del surgimiento del bipolarismo, como modo de organización geoestratégico global.

#### a) El modelo europeo de AII

En el ámbito global, la República Federal de Alemania dio inicio a la segunda etapa de desarrollo de los AII. Lo hizo mediante la firma de un TBI con Pakistán en 1959 y luego con la firma de una serie de acuerdos similares con otros países en vías de desarrollo. Hoy sigue siendo el país europeo con mayor volumen de TBI<sup>183</sup>. Suiza, Francia, el Reino Unido y los Países Bajos siguieron el ejemplo alemán.

Precisamente se atribuye al primer TBI alemán la incorporación de la primera *cláusula paraguas*, que se nutre del principio del *pacta sunt servanda*, para brindar protección jurídica y cobertura del TBI a los contratos, autorizaciones o acuerdos de inversión celebrados entre Estados e inversionistas. Se facilita así la calificación y tipificación de las relaciones jurídicas eventualmente no cubiertas por las protecciones propias del derecho internacional. Estas relaciones jurídicas quedan subsumidas al marco jurídico del AII y transformadas en relaciones cubiertas por el respectivo acuerdo, ante el cumplimiento de determinados requisitos contenidos en el AII<sup>184</sup>.

<sup>182</sup> Cf. SALACUSE Y SULLIVAN (2005).

<sup>183</sup> UNCTAD (2006).

<sup>184</sup> Cf. WÄLDE (2004).

También en la década de 1950 se crea el proyecto de Convención Abs-Shawcross (1959), ante el fracaso de las disposiciones sobre inversión contenidas en la Carta de La Habana de 1948, con la que se constituyó el Acuerdo General de Aranceles y Tarifas. El proyecto en mención es un antecedente del proyecto de tratado multilateral en materia de inversiones posterior a la Carta de La Habana. El proyecto fue acogido por la Organización para la Cooperación Económica Europea, antecesora de la actual Organización Económica para la Cooperación y el Desarrollo (OECD). La Organización para la Cooperación Económica Europea fue creada con la finalidad de administrar el plan Marshall para la reconstrucción de Europa luego de la Segunda Guerra Mundial y en tiempos de la Guerra Fría.

Hacia la década de 1970, los países europeos ya habían firmado cerca de 170 TBI<sup>185</sup>, la gran mayoría con sus antiguas colonias. Una serie de factores se han identificado como promotores de la expansión de los AII y, en especial, de los TBI europeos de la post Segunda Guerra Mundial. Esto contrasta con la no expansión de los acuerdos promovidos por Estados Unidos, correspondientes a la primera etapa antes descrita. Desde la doctrina del DII se sostiene que los acuerdos europeos de la «segunda etapa» eran menos exigentes y más flexibles, aunque históricamente se dieron en medio de la última descolonización, con lo que surgió la necesidad de incorporar medios jurídicos para organizar el nuevo escenario de los flujos económicos y ante el surgimiento de nuevos entes soberanos.

Las características de estos AII de la segunda etapa se apreciaban en lo que concierne a demandar garantías legales respecto de temas como la libre convertibilidad, la abolición de requisitos de *performance* o rendimiento de las inversiones en el territorio del Estado receptor y la protección frente a las expropiaciones, entre otros factores. Destaca, así, su mejor adaptación a los tiempos de descolonización del período histórico respectivo.

b) El relanzamiento del modelo Estados Unidos de AII y el NAFTA como telón de fondo

El éxito del modelo europeo determinó que finalmente, en 1981, Estados Unidos lanzara un nuevo programa de desarrollo de TBI tomando en cuenta la experiencia europea y la coyuntura internacional de la época<sup>186</sup>. Dicho programa ha sido renovado en dos oportunidades<sup>187</sup>, en 1994 y en 2004, mediante el perfeccionamiento

<sup>185</sup> Cf. SALACUSE Y SULLIVAN (2005: 75).

<sup>186</sup> SALACUSE Y SULLIVAN (2005: 74).

<sup>187</sup> Es pertinente señalar que en Estados Unidos esta iniciativa se complementa con la correspondiente ley especializada; en la actualidad, The Trade Act 2002, que fija los objetivos para las negociaciones internacionales que lleva a cabo Estados Unidos, los mismos que sirven de guía a los negociadores norteamericanos, desde agosto de 2002, en las negociaciones del TLC con Chile,

del respectivo modelo de TBI de Estados Unidos<sup>188</sup>. En esta última renovación del modelo resulta innegable la influencia que ha tenido la experiencia en la aplicación práctica del capítulo XI de inversiones del NAFTA.

En septiembre de 2004 Estados Unidos ya había firmado 45 TBI<sup>189</sup>. A su vez, un fenómeno reciente es el que concierne a la exportación de capitales por parte de países no occidentales, que procen también a negociar TBI en forma creciente: en 1997 Japón ya había firmado cuatro TBI y Kuwait veintidós<sup>190</sup>. La última modalidad de incorporación de reglas de derecho internacional de las inversiones se produce en el caso de los TLC de última generación.

Entender el arbitraje entre inversionistas y Estados establecido en el marco de los AII solo se posible, entonces, en la medida en que se tenga en cuenta la vinculación de las disciplinas que encontramos sobre esta materia, tanto en los antiguos tratados del tipo Jay como en los TBI y TLC, que vienen evolucionando y proliferando en forma notable durante la última globalización. En todos estos casos, pero con algunas variaciones y dependiendo del modelo adoptado, se verifica la posibilidad de que los Estados puedan ser llevados a tribunales arbitrales internacionales por los interesados que actúen de conformidad con lo establecido en un acuerdo internacional de inversiones. Así se está creando paulatinamente un nuevo estándar internacional<sup>191</sup>. Evidentemente, los modelos jurídicos, que en estos casos sirven para que los privados puedan tener *ius standi*, han evolucionado notablemente a lo largo del tiempo<sup>192</sup>.

---

Singapur y en la OMC, incluidas las negociaciones del TLC con los países andinos y el CAFTA. Estos objetivos establecen la necesidad de un balance entre la posibilidad de que los inversionistas norteamericanos puedan recurrir directamente al arbitraje entre inversionistas y Estados, y la necesidad de que se protejan los intereses de Estados Unidos como potencial demandado en estos escenarios. Cf. GANTZ (2004: 705).

<sup>188</sup> GANTZ (2004: 690).

<sup>189</sup> Por contraste, Cuba mantiene una agresiva política de desarrollo de TBI: en la década de 1990 negoció más de cuarenta. PÉREZ y TRAVIESO (2001: 570).

<sup>190</sup> Cf. SALACUSE Y SULLIVAN (2005).

<sup>191</sup> Cf. TIETJE (2003: 17).

<sup>192</sup> Si bien casi el 100% de la literatura sobre arbitraje y solución de controversias entre inversionistas y Estados se concentra en la necesidad de privilegiar y facilitar el acceso de los inversionistas a los sistemas o foros internacionales, cabe referir que la Convención ICSID contiene disposiciones que permiten que también un Estado recurra en contra de un inversionista, en vía de conciliación o arbitraje. Esto está previsto en los artículos 28 y 36 de la Convención. No obstante, su aplicación depende del consentimiento manifestado por las partes en un acuerdo internacional de inversiones o en un convenio arbitral especial y sus estipulaciones. Por otro lado, la jurisprudencia arbitral en materia de inversiones consagró en su oportunidad el principio de igualdad en el caso AMCO: «*Thus, the Convention is aimed to protect, to the same extent and with the same vigour the investor and the host state, not forgetting that to protect investments is to protect the general interest of developed and of developing countries*» (UNCTAD 2003: 11).

En esencia, la *ratio legis* del capítulo de inversiones de un TLC de última generación<sup>193</sup> tiene dos propósitos, con miras a la armonización y creación de balances entre lo público y lo privado en el ámbito jurídico transnacional, que a efectos del DII comprende la relación trilateral de los principales actores involucrados en una inversión.

El primer propósito consiste en suministrar un conjunto de estándares obligatorios para el tratamiento de las inversiones y de los inversionistas, por parte del Estado receptor de la inversión. Dichos estándares incluyen, por ejemplo, la definición de inversión cubierta, el trato nacional, el trato de la nación más favorecida<sup>194</sup>, el trato justo y equitativo, la protección y la seguridad plenas, las restricciones a la aplicación de requisitos de desempeño, la libertad de designar o nombrar personal especializado y las libertades de tránsito de ejecutivos, la libertad de transferencia de fondos y la protección respecto de las expropiaciones directas o indirectas de carácter predatorio. Estas disposiciones suelen estar agrupadas en la sección A de los capítulos de inversiones<sup>195</sup>.

El segundo propósito, no menos importante, tiene que ver con la sección B de dicho capítulo, que regula los medios de gestión de conflictos entre inversionistas y Estados, los mismos que resultan de aplicación exclusiva para los casos en que se vulneren las disposiciones de la Sección A del capítulo de inversiones. En consecuencia, la sección B contiene disposiciones para que los inversionistas puedan recurrir a un arbitraje especializado en la materia, o reglas que garantizan la aplicación de medios adecuados de solución de controversias en caso de producirse una violación a las reglas sustantivas del AII.

## 4.2 Inversión cubierta y arbitrabilidad en el Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos

En su capítulo X sobre inversiones, el APC<sup>196</sup> contiene las disposiciones sobre DII que obligan a las partes (Estados) del tratado. Estas comprenden la sección

---

<sup>193</sup> Además del capítulo de inversiones, los TLC de última generación comprenden normas que regulan los siguientes temas: acceso a mercados (productos industriales, textiles, agricultura); medidas sanitarias y fitosanitarias; administración aduanera; reglas de origen; servicios; propiedad intelectual; políticas de competencia; compras del Estado; barreras técnicas al comercio; salvaguardias y medidas disconformes; solución de controversias; transparencia y asuntos institucionales; asuntos laborales; asuntos ambientales; fortalecimiento de capacidad comercial; cooperación.

<sup>194</sup> Véase el caso Maffezini, respecto de la aplicación de este principio al arbitraje entre inversionistas y Estados, en <[http://ita.law.uvic.ca/documents/Maffezini-Jurisdiction-English\\_001.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/Maffezini-Jurisdiction-English_001.pdf)> (consulta: agosto de 2007).

<sup>195</sup> Cf. GANTZ (2004).

<sup>196</sup> Por Acuerdo de Promoción Comercial o TLC Perú-Estados Unidos.

A (artículos 10.1 al 10.14), sobre reglas o derecho sustantivo del DII, y la sección B (artículos 10.15 al 10.27), sobre medios de solución de controversias. A ambas se suma una sección C, sobre definiciones. A continuación haremos una presentación resumida de las diversas disciplinas de DII contenidas en el APC, que corresponden a su vez al estado actual de evolución del DII, como correlato de la evolución histórica reseñada líneas antes.

Es usual que a las secciones A, B y C antes mencionadas se incorporen los anexos correspondientes. En el caso del capítulo X encontramos los anexos 10-A al 10-H, que definen con mayor claridad y precisión una serie de temas recogidos en el articulado del cuerpo principal del capítulo X, especialmente respecto del contenido de las secciones A y B. Como ya se ha señalado, las disposiciones del capítulo X no son ajenas al DII ni exclusivas del APC, ya que adoptan estructural, sustantiva y adjetivamente el modelo jurídico generalmente recogido en un número muy amplio de AII.

El capítulo en mención se aplica a las medidas que adopte o mantenga una parte en el APC, relativas a: inversionistas de la otra parte e inversiones cubiertas; todas las inversiones, en lo concerniente a requisitos de desempeño y medio ambiente; lo no cubierto por el acuerdo; y lo relativo a la incompatibilidad entre el capítulo y otros capítulos del APC<sup>197</sup>.

El artículo 10.1 define el ámbito de aplicación del capítulo X y la cobertura del mismo, precisando *para mayor certeza*, que las disposiciones del capítulo no se aplican a inversiones anteriores al APC (ver numeral 10.1.3). Esta disposición es de suma importancia, pues evita las incertidumbres que se pudieran generar a partir de controversias preexistentes al acuerdo y la aplicabilidad del nuevo régimen establecido en el nuevo AII. En consecuencia, las controversias preexistentes no están cubiertas por el APC<sup>198</sup>. Es usual que los AII contengan reglas sobre el ámbito de aplicación. Estas suelen referirse a aspectos temporales, como el antes señalado, y a aspectos territoriales; es decir, el AII se aplica en el territorio de los Estados que son parte. A ello se suma que necesariamente la controversia debe afectar a un inversionista o a su inversión en el territorio del Estado receptor.

---

<sup>197</sup> ROBERT (2007).

<sup>198</sup> Los tribunales arbitrales que resuelven controversias en el ámbito de los AII y dentro del marco del DII establecen su competencia a partir de la materia, el factor cronológico (aplicación del AII en el tiempo) y la persona que inicia las actuaciones arbitrales; es decir, se debe de tratar de un inversionista, una inversión y todo ello bajo el ámbito de aplicación temporal del AII. La doctrina y jurisprudencia arbitral derivada de AII abunda respecto de estos factores de definición de competencia y el ejemplo específico del la conjugación de estos factores se encuentra plasmado en el reglamento de arbitraje del CIADI. Véase <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>> (consulta: agosto de 2007).

Adicionalmente, el numeral 10.2.1 precisa la relación entre el capítulo X y los demás capítulos del APC, destacando que en el caso de existir cualquier incompatibilidad entre este Capítulo y otro Capítulo, el otro Capítulo prevalecerá en la medida de la incompatibilidad.

En todo caso, el capítulo X debe ser leído y entendido a la luz de las definiciones contenidas de manera formal en el tratado, específicamente en el artículo 10.28 (sección C, capítulo X). Este artículo contiene el detalle de los conceptos definidos en el capítulo X, en lo referente a una gama de temas como la inversión, el inversionista beneficiario del APC, la parte y otros más. Las definiciones forman parte del tratado y configuran obligaciones y derechos internacionales para las partes en el APC y, en su oportunidad, para las partes en conflicto en el marco del capítulo X, con lo que incide en la posibilidad o imposibilidad de someter a arbitraje determinada controversia.

Uno de los medios de defensa que suelen utilizar los Estados en los arbitrajes iniciados a partir de los AII consiste en tratar de demostrar que la controversia deriva de una inversión «no cubierta», ya sea por no encontrarse tipificada en el AII o porque cronológicamente se presentó en un momento en el que el AII no estaba vigente ni brindaba cobertura, o porque quien formula reclamación no es un inversionista en el marco del AII. Así, en el capítulo I del APC, en la parte que se refiere a las definiciones generales del APC, consta el concepto de *inversión cubierta* que rige para todo el tratado y que remite al artículo 10.28 de la sección C citado anteriormente:

*inversión cubierta*: significa, con respecto a una Parte<sup>199</sup>, una inversión, de acuerdo a la definición del artículo 10.28 (Capítulo de Inversiones, Definiciones), en su territorio de un inversionista de otra Parte que exista a la fecha de entrada en vigor de este Tratado o sea establecida, adquirida, o expandida posteriormente

Esto implica características tales como el compromiso de capitales y otros recursos, la expectativa de obtener ganancias y el asumir riesgos<sup>200</sup>. Tanto las definiciones contenidas en el capítulo X del APC como la definición general de *inversión cubierta* antes citada, son de suma importancia y establecen con precisión los alcances y límites de lo que se entiende técnica y jurídicamente como inversión dentro del APC, condicionando así la arbitrabilidad de las controversias.

En lo que concierne al inversionista, se toman en cuenta los criterios de la nacionalidad para definir si se encuentra o no bajo el ámbito de cobertura del APC. En efecto, debe tratarse de persona natural de la nacionalidad de la otra parte, y en el caso de doble nacionalidad se toma en cuenta la nacionalidad

<sup>199</sup> Se refiere a la parte Estado, que es parte en el tratado (APC) debidamente ratificado.

<sup>200</sup> ROBERT (2007).

dominante y efectiva. En lo referente a la persona jurídica, el criterio principal es el lugar de constitución que debe corresponder al país que es parte en el APC. La jurisprudencia arbitral en materia de inversiones ofrece diversos casos en los que se analiza la problemática de la nacionalidad.

En cuanto a la aplicación específica del ICSID, cabe señalar que dicha convención mantiene silencio respecto de la definición de la nacionalidad de una persona jurídica, con lo que prevalece el lugar de constitución y las normas del APC, en caso de que el arbitraje sea en ICSID. Queda claro también que una persona jurídica tiene que haber sido constituida en el territorio de un Estado parte para encontrarse bajo el ámbito de aplicación del APC. Aun así, hay una gama de matices que por razones de espacio resulta ocioso detallar. Algunos casos arbitrales han brindado mayores luces sobre estos temas; por ejemplo, los casos MINE con Guinea, CSOB con Eslovaquia, Cable Televisión con St. Kitts and Nevis, Vacuum Salt con Ghana y otros<sup>201</sup>.

El caso más reciente es el *Waguih Elie George Siag y otro contra Egipto*, resuelto en lo que concierne a la competencia de los árbitros con un voto parcial en discordia del doctor Orrego Vicuña, quien analiza justamente la problemática de la nacionalidad de los demandantes<sup>202</sup>. Un muy controvertido caso anterior, también reciente, es el *Tokios Tokeles contra Ucrania*, del año 2004, en el cual el presidente del tribunal arbitral, el profesor Prosper Weil, renunció debido a una seria discrepancia con los demás árbitros, a propósito de este tema<sup>203</sup>: el renunciante sostenía que la postura asumida por sus demás colegas en el tribunal desnaturalizaba la aplicación del CIADI, pues no tomaba en consideración la predominancia de elementos nacionales que justificaban su postura de no reconocer la existencia de un conflicto en materia de inversión extranjera, en el marco del DII.

En consecuencia, si de conformidad con el APC nos encontramos ante una controversia que no trate sobre una inversión cubierta ni que se refiera a los derechos de un inversionista extranjero en los términos del respectivo AII, estaríamos ante una controversia que no podría ser resuelta en aplicación de ningún medio de solución de conflictos tipificado por la sección B del capítulo X; en suma, tampoco sería arbitrable.

---

<sup>201</sup> Cf. UNCTAD (2003b: 1-33).

<sup>202</sup> *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi vs. The Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction, 11 de abril de 2007, a ser publicado en <<http://www.iisd.org/investment/itn/documents.asp>>.

<sup>203</sup> Véase <[http://www.iisd.org/pdf/2004/investment\\_investsd\\_june11\\_2004.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2004/investment_investsd_june11_2004.pdf)> (consulta: agosto de 2007)

#### 4.2.1 Conceptos de excepción al de «inversión cubierta» que concurren en el capítulo X del APC

##### a) Medidas disconformes

Adicionalmente al concepto de inversión cubierta, cabe tomar en cuenta el efecto de las medidas disconformes<sup>204</sup> a las que se refiere el artículo 10.13 del capítulo X. Dichas medidas han sido listadas en el anexo I del APC<sup>205</sup>, a efectos de que no se genere ningún efecto que permita o sirva de base para que un inversionista pueda recurrir al sistema de solución de controversias por la presunta violación de las disciplinas del DII contenidas en la sección A del capítulo X.

Por ejemplo, en la relación de diversas medidas disconformes listadas por el Perú se encuentra la disposición constitucional peruana que prohíbe la propiedad de extranjeros en zona de frontera<sup>206</sup>. De modo que un inversionista titular de una inversión cubierta, de conformidad con el capítulo X, no podría en este caso alegar la violación del trato nacional regulado en la sección A del capítulo X del APC como causal para activar el medio de solución de controversias, en caso de que las autoridades peruanas le prohibieran legítimamente ser propietario de terrenos en zona de frontera.

##### b) Medio ambiente

El artículo 10.11 del capítulo X precisa que nada en este capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental. Esta disposición también recoge una tendencia internacional que se registra en el DII cuando se trata de la protección del medio ambiente. En consecuencia, el prerrequisito es que la medida de protección ambiental debe ser compatible con el capítulo X, pero se fundamentará en la

---

<sup>204</sup> De conformidad con el Diccionario Comercial de la Organización de Estados Americanos: «Una medida disconforme es cualquier ley, regulación, procedimiento, o práctica que viola ciertos artículos del acuerdo de inversión. Por ejemplo, una ley que prohíba al inversionista de otro país miembro ser propietario de una fábrica no es conforme con el artículo sobre trato nacional». En <[http://www.sice.oas.org/dictionary/IN\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/dictionary/IN_s.asp)>.

<sup>205</sup> La relación de medidas disconformes listadas por el Perú puede consultarse en <[http://www.tlperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Anexo\\_I-PERU.pdf](http://www.tlperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Anexo_I-PERU.pdf)>. Del mismo modo, las de Estados Unidos se pueden consultar en <[http://www.tlperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Anexo\\_I-EUA.pdf](http://www.tlperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Anexo_I-EUA.pdf)> (consulta: agosto de 2007).

<sup>206</sup> En <[http://www.tlperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Anexo\\_I-PERU.pdf](http://www.tlperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Anexo_I-PERU.pdf)>(consulta: agosto de 2007).

necesidad de tomar en cuenta las necesidades de carácter ambiental. Esto implica que el Estado mantiene sus atribuciones de imperio en lo referente a los temas materia de comentario en este punto.

c) Régimen de denegación de beneficios

El artículo 10.12 precisa los supuestos en los que no cabe que el inversionista o la inversión cuenten con los beneficios reconocidos en el capítulo X. Entre otros criterios encontramos la nacionalidad de los propietarios de una empresa, así haya sido constituida en el territorio de uno de los Estados parte del APC, cuando la nacionalidad de dichos propietarios es diferente a la de los Estados parte en el APC. Otro criterio utilizado, entre varios, es la relevancia de las actividades comerciales. El artículo permite contar con mayor precisión para identificar a los que efectivamente tienen derecho a los beneficios del APC, incluida la posibilidad de recurrir a los correspondientes medios de solución de controversias previstos en la sección B del capítulo X.

d) Expropiaciones y bienestar público, anexo 10-B

El numeral b del anexo en mención precisa que, salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.

El concepto de bienestar público recogido en este anexo es diferente al propósito público que recoge el artículo 10.7 sobre expropiación e indemnización. En el segundo caso se precisa, mediante una nota a pie de página referida al artículo, que «[...] para mayor certeza, para los propósitos de este Artículo, el término *propósito público* se refiere a un concepto del derecho internacional consuetudinario. La legislación interna puede expresar este concepto o uno similar usando diferentes términos, tales como necesidad pública, interés público o utilidad pública».

En tal sentido, el propósito público es la motivación de la expropiación tutelada por el derecho público; pero, a su vez, se distingue claramente del acto de imperio mediante el cual el Estado lleva a cabo sus prácticas regulatorias ordinarias y con el fin de preservar el bienestar público en ámbitos como salud, temas laborales, seguridad y medioambiente<sup>207</sup>.

---

<sup>207</sup> La política de tratamiento de estos temas ha ido variando a lo largo del tiempo e influyendo así en la evolución del DII. Es el caso, por ejemplo, del acuerdo entre demócratas y republicanos, en Estados Unidos, en lo referente a los AII. Véanse KUNDMÜLLER (2007); «USA: Acuerdan Nuevas Políticas para los TLC», en *Globalaw*, blog de la Pontificia Universidad Católica del Perú,

Mientras que en el caso de la expropiación (directa o indirecta), el inversionista (que califique como tal) expropiado tiene derecho a una indemnización y para ello podría eventualmente activar el mecanismo de solución de controversias contenido en el capítulo X, en el caso de los actos regulatorios no discriminatorios del Estado no resulta aplicable el concepto de expropiación directa o indirecta regulado por el artículo 10.7 antes citado y no cabe reclamación alguna por la vía de la sección B del capítulo X.

### 4.3 Los temas sustantivos del DII en los AII

Como adelantamos, en cuanto a los temas referidos a asuntos sustantivos sobre DII que hoy requieren mayor atención —a partir de las experiencias derivadas de los arbitrajes entre inversionistas y Estados— encontramos los regímenes de trato nacional, la cláusula de la nación más favorecida y el estándar mínimo de trato: trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, régimen de expropiaciones, entre otros.

Estas disciplinas se incorporan en los AII. Los AII suelen, a su vez, ser materia de interpretación en los arbitrajes inversionista-Estado. El tratamiento de estas disciplinas también comprende una evolución en la forma como son reguladas en los diversos AII, en especial desde su incorporación primigenia a los primeros TBI en la década de 1950, pasando por el NAFTA y por los AII posteriores a este.

Si extendemos un poco el análisis y nos remitimos a lo explicado líneas antes, en realidad los AII actuales implican una evolución respecto de lo que eran los contenidos elementales de los acuerdos internacionales de amistad, navegación y comercio, que antecedieron a su vez a los primeros AII y cuyos orígenes se remontan al siglo XVIII<sup>208</sup>.

#### 4.3.1 Régimen de transferencias, requisitos de desempeño y designación de ejecutivos

El APC Perú-Estados Unidos contiene normas negativas que prohíben las limitaciones a las transferencias y el establecimiento de requisitos de desempeño. En cuanto a lo primero, se establecen excepciones en el artículo 10.8.4, que señala cuándo es posible establecer prohibiciones a las transferencias; en todo caso, esto

---

<<http://blog.pucp.edu.pe/item/9730>>: «Los líderes demócratas del Congreso anunciaron el jueves que han acordado nuevos lineamientos de política comercial con la administración Bush, que le darán prioridad a los derechos en materia laboral y medioambiental, en los futuros acuerdos de libre comercio [...]» (consulta: agosto de 2007).

<sup>208</sup> Véase SALACUSE Y SULLIVAN (2005: 75).

debe corresponder a la aplicación «equitativa, no discriminatoria y de buena fe» de sus leyes relacionadas con los asuntos descritos por el mismo artículo.

Del mismo modo, en el artículo 10.9 se especifica el régimen de tratamiento a los requisitos de desempeño. Finalmente, en el artículo 10.10 se precisa el tratamiento a ejecutivos y directores de empresas. En todos estos casos se trata de obligaciones articuladas en función de los fines de libre comercio que persigue el APC.

#### *4.3.2 Trato nacional*

En lo referente a las disposiciones sobre trato nacional del inversionista, se entiende que este debe ser no menos favorable que el que recibe un nacional. A esto se suma la condición de circunstancias similares que determinan qué es lo favorable, de donde fluye que la clave para calificar el trato nacional radica en cómo se debe entender el concepto del trato nacional en circunstancias similares, tanto para los extranjeros como para los nacionales.

Sin embargo, como se puede observar en la jurisprudencia arbitral producida caso por caso, este asunto ha sido interpretado arbitrariamente en distintos términos. De conformidad con el análisis que formula UNCTAD, una inadecuada regulación del trato nacional podría generar la peculiar situación de que, por ejemplo, una empresa transnacional que califique como inversión o inversionista, que eventualmente cuente con una facturación global incluso superior al PBI del país receptor, pueda recibir el mismo trato que una pequeña empresa local, por la simple razón de operar empresarialmente en circunstancias similares a una pequeña empresa nacional<sup>209</sup>. De modo que, a la luz de la jurisprudencia arbitral existente, surge la necesidad de regular con mayor precisión los alcances de la cláusula de trato nacional, para prevenir la inequidad en el tratamiento de nacionales y extranjeros a partir de las diferencias de escala y asimetrías antes descritas.

En todo caso, con el modelo de regulación negativa de los AII, en lo referente al trato nacional queda prohibido brindar al inversionista un trato no equivalente o no menos favorable al trato que reciben los nacionales<sup>210</sup>.

Cabe destacar que el artículo 10.3 del capítulo X del APC otorga protección sin restricciones al inversionista en lo que concierne al trato nacional. Por otro lado, en el ámbito de la legislación peruana prevalece el principio de igualdad de trato para nacionales y extranjeros en materia económica.

---

<sup>209</sup> Cf. UNCTAD (2003b).

<sup>210</sup> Cf. ROBBINS (2006: 420).

### 4.3.3 *Cláusula de la nación más favorecida*

Siguiendo las recomendaciones de UNCTAD, para el caso de la cláusula de la nación más favorecida sería conveniente que los nuevos AII contuvieran disposiciones redactadas con mayor precisión. Esto evitaría que en futuros arbitrajes los tribunales arbitrales deban referirse a laudos inconsistentes entre sí, como los recaídos en los casos Maffezini, Tecmed, Salini y Palma, materia de análisis y reflexión por parte de diversos especialistas<sup>211</sup>.

El anexo III del modelo de TBI de Canadá, por ejemplo, establece un método que podría servir de base para atender este tipo de inconsistencias, pues solamente funciona hacia adelante, excluyendo de plano la aplicación de cualquier tratado bilateral o multilateral vigente con anterioridad como base para aplicar los beneficios que reconoce la cláusula en mención<sup>212</sup>.

En este caso también se produce la comparación con el tratamiento que reciben otros inversionistas nacionales de terceros países, de modo que mediante la cláusula de la nación más favorecida no cabe brindar un tratamiento menos favorable que el que reciben terceros inversionistas, y ello debe estar regulado en los respectivos AII<sup>213</sup>.

El artículo 10.5 sobre cláusula de la nación más favorecida —en el capítulo X del APC— tiene una nota a pie de página que excluye expresamente de su ámbito la aplicación de los medios de solución de controversias por esta vía, con lo que se ha tomado en cuenta la casuística arbitral; en particular el caso Maffezini, en el cual un inversionista accedió a un arbitraje por vía de la cláusula de la nación más favorecida, no obstante que el respectivo AII no contenía una disposición al respecto. En efecto, la nota en mención señala:

Para mayor certeza, el trato con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones, a que hacen referencia los párrafos 1 y 2 del artículo 10.4, no incluye mecanismos de solución de controversias, tales como los señalados en la Sección B, que se encuentren estipulados en acuerdos internacionales comerciales o de inversiones.

La cláusula de la nación más favorecida muestra cómo interactúan las estructuras jurídicas comprendidas en el DII, de modo que las disposiciones de otro AII pueden ser aplicadas a otro AII siempre que se demuestra que son más favorables y en la medida en que exista relación entre las partes involucradas.

---

<sup>211</sup> FRANCK (2005).

<sup>212</sup> Cf. UNCTAD (2003b: 59).

<sup>213</sup> Cf. ROBBINS (2006).

En este sentido, la cláusula de la nación más favorecida es una expresión del derecho transnacional, a partir del efecto homogeneizador que puede generar<sup>214</sup>.

#### 4.3.4 *Estándar mínimo de trato*

##### a) Trato justo y equitativo

El primer antecedente registrado respecto del trato equitativo en lo concerniente a inversiones lo encontramos en la Carta de La Habana de 1948<sup>215</sup>. Por otro lado, la heterogeneidad jurisprudencial arbitral en la interpretación de lo que se entiende por trato justo y equitativo dio lugar, en el contexto del NAFTA, a una interpretación de la Comisión de Libre Comercio, ente facultado por el mismo tratado para pronunciarse al respecto, el mismo que estableció que, de conformidad con el derecho internacional, la expresión *estándar mínimo de trato*, recogida en el artículo 1105(1) del capítulo de inversiones, se debía interpretar de la siguiente manera<sup>216</sup>: «El artículo 1105(1) establece que el derecho internacional consuetudinario<sup>217</sup> referido al estándar mínimo de trato de los extranjeros, constituye un estándar mínimo a disposición de las inversiones de los inversionistas de la otra parte [Estado, en el tratado]».

Los conceptos *trato justo y equitativo* y *protección y seguridad plenas* no requieren un tratamiento adicional o que vaya más allá de lo previsto al respecto en el derecho internacional consuetudinario en materia de estándar mínimo de trato de los extranjeros.

Cabe precisar que si se produjo una vulneración de otras disciplinas del NAFTA o de otro tratado internacional, ello no da lugar a que se haya producido una vulneración al artículo 1105(1).

<sup>214</sup> Cf. CONE (2005: 563).

<sup>215</sup> Sobre la evolución del principio, véase OECD (2005: 73-125).

<sup>216</sup> Según acuerdo de la Comisión de Libre Comercio del NAFTA del 31 de julio de 2001. Véase <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-en.asp>> (consulta: agosto de 2007).

<sup>217</sup> Para mayor claridad cabe citar a Gantz, cuando formula algunos comentarios sobre el derecho internacional y el derecho internacional consuetudinario, en lo que concierne a las dificultades para establecer jurídicamente los alcances objetivos de lo consuetudinario: «*International law presumably means the full range of sources in the hierarchy set forth in the Statute of the International Court of Justice. Thus, customary international law is indicated in Article 38(1)(b) of the ICJ Statute as: a usage felt by those who follow it to be an obligatory one, or a general and consistent practice of states that they follow from a sense of legal obligation*», and is only a subset of the broader idea of international law. But it is not always clear what «customary international law means, particularly in terms of the extent to which treaty law and judicial decisions are relevant in determining whether a legal principle has become customary international law and is thus binding upon states. As one scholar has noted (Mark Janis): the determination of customary international law is more an art than a scientific method» (GANTZ 2004: 715).

Como era de esperarse, el tratamiento jurisprudencial e institucional de estos asuntos también ha condicionado e influido en las negociaciones desarrolladas posteriormente; por ejemplo, tanto en el caso del TLC Estados Unidos-Chile como en el caso del TLC Estados Unidos-Singapur y en las negociaciones del CAFTA y del APC Perú-Estados Unidos, en orden a que determinan la necesidad de lograr una mayor precisión en los términos del capítulo de inversiones.

En consecuencia, el trato justo y equitativo se está regulando hoy con mayor precisión en los últimos AII<sup>218</sup>. Tanto el modelo de TBI de Canadá como el de Estados Unidos establecen que el trato justo y equitativo, así como la protección y seguridad plenas, no requiere un tratamiento más allá de los requerimientos establecidos por el derecho internacional consuetudinario, en lo que respecta al estándar mínimo de trato a favor de los extranjeros, y establece en forma positiva que los inversionistas tendrán acceso a la justicia en los términos que señala el derecho internacional consuetudinario<sup>219</sup>.

Así, en el capítulo X del APC Perú-Estados Unidos se ha establecido, en el anexo 10-A:

#### Derecho Internacional Consuetudinario

Las Partes confirman su común entendimiento que el «derecho internacional consuetudinario», de manera general y tal como está específicamente referido en el artículo 10.5, resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal. Con respecto al artículo 10.5, el trato mínimo otorgado a los extranjeros por el derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos económicos e intereses de los extranjeros.

Esta disposición establece los alcances del concepto de derecho internacional consuetudinario para las partes, en lo que concierne a la protección de los derechos económicos e intereses de los extranjeros. Se trata de un tema complejo que remite a una serie de disciplinas del derecho internacional. Entre otras, la protección diplomática, el tratamiento de los extranjeros por el derecho internacional y el agotamiento de las vías previas, asuntos reflejados en diversos casos en los que la Corte Internacional ha analizado estos temas, como el *Barcelona Traction*, el caso *Elsi* y otros<sup>220</sup> ocurridos con anterioridad como el caso *Mavrommatis*<sup>221</sup>.

<sup>218</sup> Véase OECD (2005: 73-125).

<sup>219</sup> Cf. ROBBINS (2006: 425).

<sup>220</sup> Cf. BRUNO (1997).

<sup>221</sup> Cf. FALSAFI (2007).

Por otra parte, en el modelo de TBI de Estados Unidos se ha adoptado una estructura de regulación que remite al derecho internacional consuetudinario<sup>222</sup>, confirmando así la relevancia del derecho internacional en el ámbito del DII y estableciendo que el trato justo y equitativo incluye la obligación de no denegar al interesado el acceso a la justicia administrativa, civil o criminal; mientras que la protección y seguridad plenas son aquellas que razonablemente pueden proveer las autoridades policiales nacionales en armonía y cumplimiento con el derecho internacional consuetudinario<sup>223</sup>.

El artículo 10.5.2.a del capítulo X del APC precisa que «trato justo y equitativo» incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo.

Lo cierto es que el concepto del trato justo y equitativo, asociado a la idea de los estándares mínimos de trato, ha generado un debate internacional de gran envergadura que aún no concluye; en especial, en lo que concierne a la noción y los efectos de dicho concepto. En tal sentido, se han podido identificar dos corrientes o tendencias: una que considera que el concepto está más allá del derecho internacional consuetudinario y otra que considera que el concepto no debe extenderse más allá de lo dispuesto en dicho derecho<sup>224</sup>, estando a lo referido líneas antes, tal como se aprecia en la regulación del concepto en el marco del APC.

#### b) Protección y seguridad plenas

La cláusula de la protección y seguridad plenas se remonta a los tiempos de los tratados Jay y de diversos acuerdos de amistad, comercio y navegación del siglo XIX y principios del XX. Por regla general, hoy se la asocia a la cláusula de trato justo y equitativo; y se precisa también, como en este último caso, que el inversionista no recibirá en este sentido un trato menor que el establecido en el derecho internacional consuetudinario.

En esencia, se trata de que los inversionistas reciban por parte del Estado las seguridades que demuestren que este ha aplicado la debida diligencia ante

<sup>222</sup> Es un concepto muy discutido en la doctrina del DII y en la jurisprudencia internacional sobre la materia. En consecuencia, dejamos señalado acá que la referencia al derecho internacional consuetudinario no es pacífica; las opiniones se encuentran divididas entre los que sostienen que se debe procurar un nivel de protección incluso superior al estándar mínimo de trato, aquellos que piensan que la protección no debe exceder dicho estándar y los que hacen referencia al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en lo referente al derecho internacional consuetudinario. En todo caso, son conceptos a ser analizados caso por caso mediante el arbitraje internacional inversionista-Estado. Véase FALSAFI (2007).

<sup>223</sup> OECD (2005: 60).

<sup>224</sup> Cf. FALSAFI (2007: 337-354).

determinadas circunstancias a partir de las cuales se requiere que dicho Estado mantenga la protección y seguridad plenas. Tanto en el caso *Asia Agricultural Products Ltd. con Sri Lanka* como en el caso *ELSI* se observa este criterio de debida diligencia aplicado por los respectivos tribunales: el primero, en el ámbito inversionista-Estado; el segundo, en el de las relaciones entre Estados<sup>225</sup>.

De acuerdo con lo que señalan algunas fuentes doctrinarias, resulta complicado determinar el nivel de protección que debe proveer un Estado para garantizar la «debida diligencia» en cada caso<sup>226</sup>. En el arbitraje *Agricultural Products Ltd.* antes referido, el tribunal arbitral dejó enunciadas dos posibles vías. La primera vía, a partir de una aproximación objetiva que otorga el mismo tratamiento a todos los Estados receptores de inversión, obligándolos a proporcionar al inversionista la protección y seguridad legítimamente esperada por parte de un Estado moderno y organizado. La segunda, que en concepto del tribunal de *Agricultural Products Ltd.* estaría siendo descartada paulatinamente, es la aproximación subjetiva, basada en las relativamente limitadas capacidades de las autoridades locales en determinado contexto, a efectos de ofrecer protección y seguridad. Con esta perspectiva, cada caso debería ser evaluado en forma diferente<sup>227</sup>.

Otros casos que cabe traer a colación son el *Genin con Estonia y Olguin con Paraguay*<sup>228</sup>, ambos tramitados ante el CIADI. Los tribunales rechazaron reclamaciones por supuesta carencia de protección y seguridad plenas derivadas de actos no criminales o de carácter no físico, tomando en consideración que los inversionistas fueron negligentes en ambos casos, al no haber tomado las medidas preventivas correspondientes, pero sin precisar categóricamente que las reclamaciones derivadas de actos no criminales o de carácter no físico, efectivamente no se encuentran amparadas por la cláusula de protección y seguridad plenas.

Se suele citar con frecuencia, igualmente, el caso *Loewen versus Estados Unidos*, en el marco del NAFTA, en el cual el demandante alegó la mala conducta de terceros como una violación del principio materia de comentario, sin que el tribunal arbitral acogiera su pretensión y sin que se produjese un laudo a su favor<sup>229</sup>.

#### 4.3.5 *Expropiación directa e indirecta*

El APC prohíbe la expropiación directa, salvo en los casos previstos taxativamente en el mismo capítulo X, artículo 10.7. En consecuencia, solo cabe la expropiación

<sup>225</sup> Cf. ROBBINS (2006: 425-429).

<sup>226</sup> Cf. FALSAFI (2007).

<sup>227</sup> Cf. ROBBINS (2006: 428).

<sup>228</sup> Véase <[www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid)> (consulta: agosto de 2007).

<sup>229</sup> Véase <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Loewen-Award-2.pdf>> (consulta: agosto de 2007).

cuando la medida obedezca a un propósito público, se realice de manera no discriminatoria, tenga como correlato el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización en aplicación de la fórmula Hull y se lleve a cabo de conformidad con el debido proceso. En tal sentido, el artículo en mención simplemente acoge la doctrina internacional y el derecho internacional consuetudinario sobre la materia<sup>230</sup>.

Otro ámbito que merece atención se refiere a las expropiaciones regulatorias o indirectas y a las notas interpretativas incorporadas a los AII luego de ser adoptadas por los entes competentes, como la Comisión de Libre Comercio del NAFTA. En el primer caso, debe existir un balance entre el derecho de un país a regular soberanamente su economía y el razonable interés comercial del inversionista<sup>231</sup>. Conviene destacar que tanto el modelo de TBI canadiense como el de Estados Unidos, contienen novedosas reglas para facilitar este equilibrio.

En los dos modelos se utilizan anexos con listas detalladas que clarifican las actividades regulatorias de los Estados, incluidos diversos factores de evaluación como el impacto económico de la medida regulatoria y su posible interferencia con las expectativas del inversionista, entre otros.

En el caso del APC Perú-Estados Unidos, como se ha detallado líneas antes, se incorporó un esquema similar que hace referencia a la regulación que lleva a cabo el Estado. Esto está previsto en el anexo 10 B del capítulo X de inversiones, donde destaca la prevalencia y validez de los actos regulatorios no discriminatorios en materia de bienestar público, llevados a cabo por la administración. De conformidad con el tratado, estos actos regulatorios en modo alguno pueden ser considerados como medidas expropiatorias directas ni indirectas<sup>232</sup>.

El numeral b del anexo en mención precisa que, salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.

Conviene resaltar que el concepto de *bienestar público* recogido en este anexo es diferente al de *propósito público* que recoge el artículo 10.7 sobre expropiación e indemnización. En el segundo caso, se precisa mediante una nota a pie de página referida al artículo que «[...] para mayor certeza, para los propósitos de este artículo, el término “propósito público” se refiere a un concepto del derecho

---

<sup>230</sup> Cf. NORTON (1991: 474).

<sup>231</sup> Véase OECD (2004).

<sup>232</sup> Véase <<http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/10.Inversion.pdf>> (consulta: agosto de 2007).

internacional consuetudinario. La legislación interna puede expresar este concepto o uno similar usando diferentes términos, tales como “necesidad pública”, “interés público” o “utilidad pública”».

En tal sentido, el *propósito público* es la motivación de la expropiación tutelada por el derecho público; pero se distingue claramente del acto de imperio mediante el cual el Estado lleva a cabo sus prácticas regulatorias ordinarias y con el fin de preservar el *bienestar público* en ámbitos como salud, seguridad y medioambiente.

En resumen, en el caso de la expropiación directa o indirecta, el inversionista que califique como tal y que sea expropiado tiene derecho a una indemnización; y para ello podría eventualmente activar el mecanismo de solución de controversias contenido en el capítulo X. Por otro lado, en el caso de los actos regulatorios no discriminatorios puestos en práctica por el Estado, simplemente no resulta aplicable el concepto de expropiación directa o indirecta regulado por el artículo 10.7 antes citado y no cabe reclamación alguna por la vía de la sección B del capítulo X del APC.

#### 4.3.6 Interpretación del tratado y arbitraje

En lo que se refiere a la interpretación del tratado a llevarse a cabo por los entes especiales derivados de los AII, se encuentra un antecedente interesante en el caso de la Comisión de Libre Comercio del NAFTA, que produce interpretaciones del tratado para clarificar los alcances de determinadas cláusulas, lo que armoniza perfectamente con los alcances de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados<sup>233</sup>.

Una estructura similar se recoge en el capítulo XX del APC Perú-Estados Unidos<sup>234</sup>. En tal sentido, el artículo 10.22.3 señala que «[...] una decisión de la Comisión en la que se declare la interpretación de una disposición de este Acuerdo, conforme al artículo 20.1.3 (Comisión de Libre Comercio), será obligatoria para un tribunal y toda decisión o laudo emitido por un tribunal deberá ser compatible con esa decisión».

En el artículo 10.23 se establecen disposiciones adicionales respecto de las interpretaciones de la Comisión de Libre Comercio concernientes a los anexos del APC. En consecuencia, la Comisión cuenta con atribuciones que influenciarán en el funcionamiento de los tribunales arbitrales que se constituyan de conformidad con la Sección B del capítulo X, contando así con una potencial

<sup>233</sup> UNCTAD (2003b: 60).

<sup>234</sup> Véase <<http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/20.Administracion.pdf>> (consulta: agosto de 2007).

limitación a su discrecionalidad, siempre que se den los supuestos previstos en el mismo capítulo X y en el marco de las funciones que precisa a su vez el capítulo XX para la Comisión de Libre Comercio.

## CONCLUSIÓN

La globalización no es una novedad y ello fluye de testimonios tan lejanos como el de Marco Polo o de acontecimientos anteriores como la conformación de la cultura Gandhara en el año 100 d. C. La última globalización configura un contexto fuertemente influido por factores económicos, comerciales y tecnológicos, en un mundo que se caracteriza por la promoción de la democracia, pero también por la grave inequidad en la distribución de ingresos y la asignación de recursos. La última globalización se gesta entre los tiempos en que se dio la última descolonización resultante de la Segunda Guerra Mundial y la época en que cae el muro de Berlín y se disuelve la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Se gesta así un nuevo escenario geoestratégico global, que en lo económico determina que los Estados compitan entre sí para lograr mayores ámbitos de influencia y espacios económicos en el mundo. Encontramos entonces una gama de factores que influyen en el desarrollo de la *lex inversorum*, incluso en regiones económicas como la que conforma América Latina, donde la afluencia de inversión extranjera directa no es significativa, comparada con la afluencia de inversión en otras regiones económicas o al interior de las potencias emergentes, como ocurre por ejemplo en el caso de los países del sudeste asiático, los países del este de Europa, China Continental y la India.

Los tiempos actuales se caracterizan por la concurrencia de diversos «actores» públicos y privados en el ámbito transfronterizo. El DII no es ajeno a esta realidad e implica un proceso evolutivo de suma importancia, en particular en lo que concierne a su impacto en las economías y regiones económicas que requieren desarrollarse, expandirse e incrementar su presencia geoestratégica global. Se sustenta así el surgimiento del *global marketplace*, cuya conformación cuestiona las bases mismas de la concepción de soberanía incardinada con el acontecimiento histórico de la gesta de los tratados de Westfalia del siglo XVII.

La inversión, más allá de su procedencia u origen, es un factor económico estratégico que comprende aspectos jurídicos y económicos que deben ser organizados y administrados a efectos de incentivar el desarrollo, el empleo y el mejor desempeño económico de los países y de las regiones económicas. En el caso de países como el Perú, el hecho de que se pueda contar con inversión nacional y extranjera en diversos sectores económicos, simplemente marca la diferencia entre la supervivencia o subsistencia y el abandono o desamparo material.

Sin inversión no hay progreso económico ni empleo; pero sin políticas nacionales coherentes sobre la materia, tampoco se registrará progreso alguno. En consecuencia, es pertinente atender a la necesidad de balance que debe de existir entre lo público y lo privado. Dicho balance ofrece diversas expresiones económicas, jurídicas y políticas. Se instaura hoy como un tema de gran actualidad en la conformación de la nueva *lex inversorum*. Sin embargo, en contextos caracterizados por padecer dificultades para la gobernabilidad y por una creciente debilidad institucional, las concesiones al capital y la inversión son mayores a las que encontramos en contextos donde la gobernabilidad está asegurada y donde se observan estructuras institucionales robustas.

El DII no ofrece una evolución ordenada y homogénea, en un mundo donde la inversión ha crecido en un 2000% en menos de veinte años y ante la proliferación de AII, lo que muestra un signo inequívoco de la última globalización en marcha. Aun así, el DII puede ser un medio internacional para la promoción del desarrollo, que concurre descentralizadamente con otros medios para el mismo fin y a partir de la utilidad de la cláusula de la nación más favorecida, cuando esta fuera aplicable. En tiempos del mundo bipolar, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, se percibe el origen de la tendencia a vincular el desarrollo con las inversiones, lo que se refleja en diversos instrumentos jurídicos.

Por otro lado, existe jurisprudencia arbitral reciente en la que se hace referencia a dicha vinculación, que precisa que la inversión tutelada por el DII debe entenderse en función del «desarrollo y bienestar» que dicha inversión debe ser capaz de producir para las economías. De modo que si la inversión no genera dichos efectos, incluso puede deducirse que no estaría protegida por el DII<sup>235</sup>.

Esta tendencia, que hoy no constituye una corriente principal de pensamiento<sup>236</sup>, es recogida en diversas fuentes y probablemente tienda a consolidarse<sup>237</sup>. Los expertos en inversiones reunidos recientemente en Ginebra con el auspicio de

---

<sup>235</sup> Es el criterio adoptado por el árbitro Michael Hwang en el caso *Malaysian Historical Salvors Sdn* contra *Malasia*, resuelto en mayo de 2007, que puede hallarse en <<http://ita.law.uvic.ca/documents/MHS-jurisdiction.pdf>> (consulta: agosto de 2007).

<sup>236</sup> Tal como en el plano operativo de la solución de conflictos inversionista-Estado, encontraremos que en muy pocos los casos los Estados inician arbitrajes contra inversionistas extranjeros, no obstante poder hacerlo si mediase el respectivo consentimiento de las partes. Del mismo modo, se trata de un tipo de arbitraje en el cual generalmente son demandados los Estados del llamado Tercer Mundo o «en vías de desarrollo». Cf. ODUMOSU (2007: 358).

<sup>237</sup> Otro antecedente jurisprudencial que vincula el logro del desarrollo económico con las inversiones extranjeras lo encontramos en el caso *AMCO Asia Corp. con Indonesia*. Allí se cita el preámbulo de la Convención CIADI y su orientación para satisfacer el interés de los países en vías de desarrollo, en lo concerniente a lograr su evolución económica y su desarrollo. Cf. ODUMOSU (2007).

la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) destacan la necesidad de promover la coherencia de las políticas y de la legislación en materia de inversiones en el mundo, a lo que agregan la necesidad de lograr un balance entre los intereses públicos y privados en materia de inversiones y la necesidad de reforzar el impacto de las inversiones como uno de los medios más importantes para lograr el desarrollo económico<sup>238</sup>.

El arbitraje en inversiones está inevitablemente inserto en este contexto. Pero no se trata de un contexto sencillo ni pacífico; el arbitraje en inversiones implica una intersección entre lo político, lo jurídico y lo económico<sup>239</sup>. La estructura que mejor y más nítidamente refleja esta concepción es la Convención CIADI; le siguen los diversos AII que tienden a proliferar en la actualidad. El CIADI ofrece por primera vez, en los tiempos previos a la última globalización, un modelo formal para que un Estado arbitre con un particular mediante un arbitraje internacional donde este goza de *ius standi*, de modo que el arbitraje en mención contiene elementos públicos y privados que confluyen en la gestión del conflicto, en el marco de la *lex invectorum*.

En este arbitraje no es posible centrar la discusión en forma exclusiva en los asuntos de interés público, ya que el foco de análisis se concentra en las controversias derivadas de una inversión, con todo lo que ello implica en el ámbito del DII y a partir de las disciplinas sustantivas contenidas en los AII. La plantilla de dichas disciplinas sustantivas ha sido recogida en diversos TLC de última generación, bajo el modelo NAFTA plus, el mismo que también obedece a una evolución histórico-jurídica.

Solo con el tiempo será posible medir el impacto global del arbitraje en el marco de la *lex invectorum*. Lo que queda claro es que la estructura conceptual del arbitraje, así como su aplicación práctica, determina que las partes puedan contar con condiciones apropiadas para el manejo del conflicto en el ámbito transnacional y transfronterizo, por contraste con las jurisdicciones estatales locales. En el contexto contemporáneo se viene dando un acelerado proceso de transformación tanto del arbitraje inversionista-Estado como del DII y por ende, de la *lex invectorum*. Es un reto para los países, las regiones y los operadores económicos e institucionales globales, contribuir en dicho proceso para revertir la inequidad global.

---

<sup>238</sup> Véase UNCTAD (2007: 1-9).

<sup>239</sup> Cf. ODUMOSU (2007).

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR ÁLVAREZ, Guillermo y William Park  
2003 «The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11». *Yale Journal of International Law*. New Haven, volumen 28, número 2, pp. 266.
- AKINSANYA, Adeoye  
1987 «International Protection of Direct Foreign Investments in the Third World». *International and Comparative Law Quarterly*. Londres, volumen 36, pp. 58-75.
- AL FARHAN, Farhan  
2002 *The procedural law applicable to arbitration: The Seat Theory & the Delocalization Theory*.  
Consulta: enero de 2007.  
<[www.cailaw.org/academy/magazine/farhan\\_paper.pdf](http://www.cailaw.org/academy/magazine/farhan_paper.pdf)>.
- ALFORD, Roger Paul  
2003 «The American Influence on International Arbitration». *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. Ohio, volumen 19, número 3, pp. 69-88.
- AMIRFAR, Catherine y Elise DREYER  
2007 «Thirteen Years of NAFTA's Chapter 11: The Criticisms, the United State's Responses and Lessons Learned». *New York International Law Review*. Nueva York, volumen 20, número 1, pp. 39-41.
- ANAND, Ram Prakash  
1986 «Sovereign Equality of States in International Law». *Recueil des Cours*. La Haya, volumen 197, número 2, pp. 9-228.
- BJORKLUND, Andrea  
2005 «Reconciling State Sovereignty and Investor Protection in Denial of Justice Claims». *Virginia Journal of International Law*. Virginia, volumen 45, número 4, pp. 810 y ss.
- BLANKART, Charles  
2003 *Deutscher Zollverein*. Consulta: marzo de 2007.  
<[http://www.preussen.de/de/geschichte/preussenlexikon/a-m/deutscher\\_zollverein.html](http://www.preussen.de/de/geschichte/preussenlexikon/a-m/deutscher_zollverein.html)>
- BOBBIT, Philip  
2003 *The Shield of Achilles: War, Peace and the Course of History*. Nueva York y Toronto: Alfred A. Knopf.

BRUNO, Roberto

- 1997 «Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analysis». Consulta: marzo de 2007.  
<<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/97/97-13.html>>.

BULLARD, Alfredo

- 2006 «Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, número 2, pp. 155-227.

BURLEY, Anne-Marie

- 1992 «Law Among Liberal States: Liberal Internationalism and the Act of State Doctrine». *Columbia Law Review*. Nueva York, volumen 92, pp. 1909-1996.

CALLIESS, Graf-Peter

- 2001 «Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide to an Autonomous Legal System». *German Law Journal*. Volumen 2, número 17. Consulta: marzo de 2007.  
<<http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=109>>

GARMENDIA, Roxana

- 2001 «El caso Canevaro». *Caretas*. Lima, número 1660. Consulta: marzo de 2007. <<http://www.caretas.com.pe/2001/1660/articulos/fujimori.phtml>>, (consulta: agosto de 2007).

CASTRO, Jorge

- 2007 «La nueva revolución china». *Cronista Comercial*. Reseñado en *LATN-Newsletter*. Buenos Aires, año 5, número 206, pp. 1-2.

CHENG, Tai-Heng

- 2005 «Power, Authority and International Investment Law». *American University International Law Review*. Washington DC, volumen 20, número 3, pp. 465-520.

CHIMNI, Bhupinder S.

- 2007 «A Just World Under Law: A View from the South». *American University International Law Review*. Washington DC, volumen 22, número 20, pp. 199-220.

CLARK, David S.

- 1987 «The Medieval Origins of Modern Legal Education: Between Church and State». *The American Journal of Comparative Law*. Volumen 35, número 4, pp. 653-719.

CLARK, Gregory

2007 *A Farewell to Alms. A Brief Economic History of the World*. Princeton: Princeton University Press.

CONE, Sydney

2005 «The Promotion of Free-Trade Areas viewed in Terms of Most-Favored Nation Treatment and “Imperial Preference”». *Michigan Journal of International Law*. Michigan, volumen 26, número 2, pp. 563-585.

CREMADES, Bernardo

2004 «Disputes Arising out of Foreign Direct Investment in Latin America. A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues». *Dispute Resolution Journal*. Mayo-julio, pp. 78-84.

DE TRAZEGNIES, Fernando

1999 *El dilema de la globalización ¿Universalización o articulación?* Ponencia presentada por el autor en la Universidad Carolina de Praga. Consulta: marzo de 2007.

<<http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafda.htm>>

DONNER, Ruth

1999 «The Procedure of International Conciliation: Some Historical Aspects». *Journal of the History of International Law*. La Haya, número 1, pp. 103-124.

DRACHE, Daniel

2001 *The Post Washington Consensus: The Market Disconnect and the Public Reconnect*. Documento presentado a la conferencia internacional «Beyond the Washington Consensus. Governance and Public Domain in Contrasting Economies». Consulta: marzo de 2007. <<http://isidev.nic.in/pdf/DDrache.PDF>>.

DU BOIS, Fritz y Javier TORRES

2006 «Déficit y sobrecostos de la economía peruana». *Revista de Economía y Derecho*. Lima, volumen 3, número 11, pp. 7-28.

ECONOMIC INTELLIGENCE UNIT

2006 *World Investment Prospects to 2010. Boom or Backlash*. Consulta: marzo de 2007. <[http://www.cpii.columbia.edu/pubs/documents/WIP\\_to\\_2010\\_SPECIAL\\_EDITION.pdf](http://www.cpii.columbia.edu/pubs/documents/WIP_to_2010_SPECIAL_EDITION.pdf)>

EWART, John

1903 «What is the Law Merchant?». *Columbia Law Review*. Volumen III, número 3, pp. 135-154.

FAIRLIE REINOSO, Alan

2007 *Bases para una negociación justa entre la Unión Europea y la Comunidad Andina*. Lima: Consejo Consultivo Laboral Andino, Programa Laboral de Desarrollo e Instituto Laboral Andino.

FALSAFI, Alireza

2007 «The International Minimum Standard of Treatment of Foreign Investors Property: A Contingent Standard». *Suffolk Transnational Law Review*. Volumen 30, número 2, pp. 317-364.

FRANCK, Susan

2005 «The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through inconsistent Decisions». *Fordham Law Review*. Nueva York, volumen 73, número 4, pp. 1585-1625.

2007 «Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law». *Global Business & Development Law Journal*. California, volumen 19, número 2, pp. 337-373.

FRIEDRICH, Jörg

2004 *El incendio, Alemania bajo los bombardeos (1940-1945)*. Buenos Aires: Taurus.

FRUG, Gerald y David BARRON

2006 «International Local Government Law». *The Urban Lawyer*. Volumen 38, número 1. Consulta: junio de 2007.  
<[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Barron\\_Paper.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Barron_Paper.pdf)>

GANTZ, David A.

2004 «The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United Status-Chile Free Trade Agreement». *American University International Law Review*. Washington DC, volumen 19, número 4, pp. 679-768.

GARCÍA BOLÍVAR, Omar

2007 «Investor-State Disputes in Latin America: A Judgement on the Interaction between Arbitration, Property Rights Protection and Economic Development». *Law and Business Review of the Americas*. Volumen 13, número 1, pp. 67-96.

GHEMAWAT, Pankaj

2007 «La globalización del 10%». *Foreign Policy*. Consulta: mayo de 2007.  
<[http://www.fp-es.org/abr\\_may\\_2007/story\\_20\\_16.asp#autor](http://www.fp-es.org/abr_may_2007/story_20_16.asp#autor)>

GOODMAN, Peter

- 2005 «China Pledges not to unload U.S. T-Bills». *Washington Post Foreign Service*. Consulta: mayo de 2007.  
<<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/09/09/AR2005090902025.html>>

GREER, Jed y Kavaljit SINGH

- 2000 «A Brief History of Transnational Corporations». *Global Policy Forum*. Consulta: marzo de 2007.  
<<http://www.globalpolicy.org/socecon/tncs/historytncs.htm>>

GUEVARA GIL, Armando

- 2006 «Las causas estructurales de la pluralidad legal en el Perú». *Global Jurist Frontiers*: Volumen 6, número 1. Consulta: marzo de 2007.  
<<http://www.bepress.com/gj/frontiers/vol6/iss1/art1>>

GUZMAN, Andrew

- 2005 *Saving Customary International Law*. University of California, Berkeley Public Law Research Paper 708721. Consulta: marzo de 2007.  
<[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=708721](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=708721)>

HELD, David

- 1997 «Democracy and Globalization». *Global Governance*. Volumen 3, número 3; pp. 251-267.
- 2004 *Globalization: The Dangers and the Answers*. Open Democracy. Free Thinking for the World. Consulta: mayo de 2007.  
<<http://www.openDemocracy.net>>

HIRSCH, Moshe

- 2006 *Interactions between Investment and Non Investment Obligations in International Investment Law*. International Law Forum of the Hebrew University of Jerusalem Law Faculty. Research Paper 14-06.

HOBER, Kaj

- 2006 «State Responsibility and Investment Arbitration». *International Law Association*. Consulta: agosto de 2007.  
<<https://www.ila-hg.org/pdf/Foreign%Investment/ILA%20paper%20Hoher.pdf>>.

HONG, Lin Yu

- 2005 «Explore the Void: An Evaluation of Arbitration Theories». *International Arbitration Law Review*. Volumen 8, número 1, pp. 14-22.

- JACKSON, John  
 1998 «Global Economics and International Economic Law». *Journal of International Economic Law*. Washington DC, volumen 1, número 1, pp. 1-23.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle  
 2003 «Globalization of Arbitral Procedure». *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Volumen 36, pp. 1313-1333.
- KLINGST, Martin  
 2007 «Herr Yu, Frau Hu und ihre Richter». *Zeit Online*. Consulta: junio de 2007.  
 <<http://www.zeit.de/2007/22/China?from=rss>>
- KOOIMAN, Jan  
 2005 «Gobernar en gobernanza». *Instituciones y Desarrollo*. Edición 16, 3 de marzo. Consulta: agosto de 2007.  
 <<http://www.iigov.org/id/article.drt?edi=13451&art=13469>>
- KRESALJA, Baldo  
 2003 «La política en materia de propiedad intelectual en la Comunidad Andina». En *Derecho Comunitario Andino*. Lima: Instituto de Estudios Internacionales y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, pp. 221-297.
- KUCZYNSKI, Pedro Pablo y John WILLIAMSON (editores)  
 2003 *After the Washington Consensus. Restarting Growth and Reform in Latin America*. Washington: Institute for International Economics.
- KUNDMÜLLER, Franz  
 2005 «El arbitraje y los tratados de libre comercio». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, número 1, pp. 121-139.  
 2007 «USA: acuerdan nuevas políticas para los TLC». *Globalaw*. Blog de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consulta: marzo de 2007.  
 <<http://blog.pucp.edu.pe/item/9730>>
- KUNDMÜLLER, Franz y Salvador HERENCIA  
 2006 *Estrategias para la agenda económico-social de la Comunidad Andina*. Lima: Corporación Andina de Fomento y Comisión Andina de Juristas.
- KUNDMÜLLER, Franz y Roger RUBIO  
 2006 «El arbitraje del CIADI y el derecho internacional de las inversiones: un nuevo horizonte». *Lima Arbitration*. Consulta: marzo de 2007.  
 <<http://www.limaarbitration.net/revista.htm>>

LAUTERPACHT, Elihu

1997 «International Law and Private Foreign Investment». *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Bloomington, número 4, pp. 259-276.

LEADER, Sheldon

2006 «Human Rights, Risks, and New Strategies for Global Investment». *Journal of International Economic Law*. Oxford, volumen 9, número 3, pp. 657-703.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis

1957 «Political Obligation and Natural Law». Traducción de Catherine Havey. *Natural Law Forum*. Volumen 2, número 1, pp. 119-128.

LEHMKUHL, Dirk

2003 *Resolving Transnational Disputes: Commercial Arbitration and the Multiple Providers of Governance Services*. Center for Comparative and International Studies, University of Zurich. ECPR Joint Sessions in Edinburgh. Consulta en agosto de 2007.

<<http://www.essex.ac.uk/ecpr/events/jointsessions/paperarchive/edinburgh/ws11/Lehmkuhl.pdf>>

LESAFFER, Randall

2000 «The Medieval Canon Law of Contract and Early Modern Treaty Law». *Journal of History of International Law*. La Haya, número 2, pp. 178-198.

MANNING-CABROL, Denise

1995 «The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors». *Law and Policy in International Business*. Volumen 26, número 4, pp. 1169-1200.

McMICHAEL, Philip

2000 *Development and Social Change*. California, Londres y Nueva Delhi: Pine Forge Press.

MENDES, Errol

1988 «The U. N. Sales Convention & U. S.-Canada Transactions: Enticing the World's Largest Trading Bloc to Do Business Under a Global Sales Law». *Journal of Law and Commerce*. Pittsburgh, volumen 8, número 1, pp. 109-144.

MIR PUIGPELAT, Oriol

2004 *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*. Madrid: Thomson Civitas.

- MORAN, Theodore  
 2000 *Inversión extranjera directa y desarrollo*. México DF: Oxford University Press.
- NEUMAYER, Eric y Laura Spess  
 2005 «Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?». *LSE Research Online*. Consulta: febrero de 2006. <<http://eprints.lse.ac.uk/archive/00000627>>
- NICHOLS, Philip  
 1999 «Legal Theory of Emerging Economies». *Virginia Journal of International Law*. Volumen 39, número 2, pp. 229-301.
- NORTON, Patrick  
 1991 «A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation». *American Journal of International Law*. Washington, volumen 85, número 3, pp. 474-505.
- NOTTAGE, Luke  
 2003 *The Procedural Lex Mercatoria: The Past, Present and Future of International Commercial Arbitration*. Center for Legal Dynamics of Advanced Market Societies Kobe University; CDAMS Symposium, Kobe University Law Faculty.
- ODUMOSU, Ibrionke  
 2007 «The Antinomies of the (continued) relevance of ICSID to the Third World». *San Diego International Law Journal*. San Diego, Volumen 8, número 2, pp. 345-380.
- OECD  
 2004 *Indirect Expropriation and the Right to Regulate in international Investment Law*. Working Papers on International Investment Law, elaborado por Catherine Yannaca-Small. Número 4.  
 2005 *International Investment Law: A Changing Landscape*. París: OECD Publishing.
- OKAFOR, Obiora Chinedu  
 2005 «Newness, Imperialism, and International Legal Reform in Our Time. A Twail perspective». *Osgoode Hall Law Journal*. Toronto, volumen 43, número 1-2, pp. 171-191.
- PANGARIYA, Arvind  
 2005 «The Triumph of India's Market Reforms. The Record of the 1980s and 1990s». *Policy Analysis*. Washington DC, número 554, pp. 1-22.

PAULSSON, Jan

2005 *Denial of Justice in International Law*. Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press.

PÉREZ L., Jorge y Matías TRAVIESO

2001 «The Contribution of BITS to Cuba's Foreign Investment Program». *Georgetown Law and Policy in International Business*. Volumen 32, número 3, pp. 529 y ss.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich

1987 «International Economic Theory and International Economic Law: On the Tasks of a Legal Theory of International Economic Order». En MACDONALD, Ronald St. John y Douglas M. JOHNSTON (editores), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*. La Haya, Boston y Lancaster: Martinus Nijhoff.

2006 *Justice in International Economic Law?* From «International Economic Law among States» to «International Integration Law» and «Constitutional Law». EUI Working Papers LAW. Número 46. European University Institute; Department of Law.

PETRÁSH, Vilma

2000 «Towards 2005: Consistencies and inconsistencies of the FTAA process in the face of challenges to the Liberal Democratic Governance Consensus in the Americas». *Summer Institute 2000 Robarts Centre for Canadian Studies*. Toronto. Consulta: marzo de 2007.  
<<http://www.yorku.ca/robarts/archives/institute/2000/pdf/petrashr.pdf>>

PORTERFIELD, Matthew

2006 «An International Common Law of Investor Rights?». *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*. Volumen 27, número 1, pp. 79 y ss.

RAMACCIOTTI, Beatriz

1990 *Estudios de derecho internacional*. Lima: Instituto Peruano de Relaciones Internacionales.

RAMENTOL, Santiago

2004 *Teorías del desconcierto*. Barcelona: Urano.

RIZVI, Haider

2006 «Desarrollo: el abismo de la inequidad». *La Otra Historia. IPS-Inter Press Services*. Consulta: marzo de 2007.  
<<http://www.ipsnoticias.net/nota.asp?idnews=34917>>.

ROBBINS, Joshua

2006 «The Emergence of Positive Obligations in Bilateral Investment Treaties». *University of Miami International and Comparative Law Review*. Miami, volumen 13, número 2, pp. 403 y ss.

ROBERT, Maryse

2007 *Acuerdos de inversión: Los temas substantivos del TLC Perú-EE.UU.* Exposición presentada por al Seminario Nacional sobre Controversias Inversionista-Estado. Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, Proinversión, Ministerio de Economía y Finanzas, UNCTAD, ICSID y OEA. Lima, 22 de mayo.

ROMANO P. R., Cesare

1999 «The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle». *International Law and Politics*. Nueva York, volumen 31, pp. 709-751.

ROWE, Vaughan

2007 *Changing Dimensions of International Investment Law*. Conferencia dictada en la Academia China de Derecho Internacional, Xiamen, septiembre de 2006. University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series. Documento de trabajo número 4/2007.

SALACUSE, Jeswald y Nicholas SULLIVAN

2005 «Do BITS really work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain». *Harvard International Law Journal*. Volumen 46, pp. 67-130.

SCHIFF BERMAN, Paul

2007 «A Pluralist Approach to International Law». *The Yale Journal of International Law*. Volumen 32, número 2, pp. 301-330.

2005 «From International Law to Law and Globalization». *Columbia Journal of Transnational Law*. Volumen 43, número 2, pp. 485-556.

SCHREUER, Christoph

2006 *Consent to Arbitration*. Consulta: marzo de 2007.  
<[http://www.univie.ac.at/intlaw/con\\_arbitr\\_89.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/con_arbitr_89.pdf)>

SHAW, Malcolm

1997 *International Law*. Reino Unido, Estados Unidos, Australia: Cambridge University Press.

SHELTON, Dinah

2006 «Normative Hierarchy in International Law». *American Journal of International Law*. Washington, volumen 100, número 2, pp. 291-323.

SPIERMANN, Ole

- 2005 «Applicable Law». *International Law Association*. Consulta: enero de 2007.  
<<http://www.ila-hq.org/pdf/foreign%20Investment/ApplicableLaw-4.pdf>>

STEINGART, Gabor

- 2006 «Globalisierung: Gleicher Lohn für Gleiche Arbeit». *Spiegel Magazin*.  
Hamburgo, 11 de septiembre. Consulta en septiembre de 2007.  
<<http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,436345,00,html>>

STIGLITZ, Joseph

- 2000 What I learned at the World Economic Crisis. Consulta en septiembre de 2007.  
<[http://www.robarts.yorku.ca/archives/institute/2000/pdf/stiglitz\\_worldban.pdf](http://www.robarts.yorku.ca/archives/institute/2000/pdf/stiglitz_worldban.pdf), Agosto 2004>.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando

- 2005 *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de Occidente*.  
México DF: Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas.

TELLO V., Luis Ernesto

- 2004 *El Perú en el proceso de integración andino de 1992 a 1997*. Tesis de licenciatura en Historia. Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

TEUBNER, Günther

- 2002 «Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of Lex Mercatoria». *European Journal of Social Theory*. Fráncfort, volumen 5, número 2, pp. 199-217.

TIETJE, Christian

- 2003 *Grundstrukturen und aktuelle Entwicklungen des Rechts der Beilegung internationaler Investitionsstreitigkeiten*. Halle-Wittenberg: Martin Luther Universität.

TRACHTMAN, Joel

- 2002 «Institutional Linkage: Transcending “Trade and...”». *American Journal of International Law*. Washington, volumen 96, número 1, pp. 77-93.

UNCTAD

- 2003a *Train for Trade*. DITE/UNCTAD. Sección 1, Alcance de los Acuerdos Internacionales en materia de Inversión.
- 2003b *Course on Dispute Settlement*; ICSID, 2.4. Requirements Rationae Personae. Nueva York y Ginebra: United Nations.

- 2004 *World Investment Report. The Shift Towards Services*. Ginebra: United Nations Publication.
- 2006 *IIA Monitor, International Investment Agreements*. UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2006/7.
- 2007 *Report of the Expert Meeting on Development implications of International Investment Rulemaking*. TD/B/COM.2/EM.21/3.
- VANDEVELDE, Kenneth
- 1998 «Investment Liberalization and Economic Development: The Role of Bilateral Investment Treaties». *Journal of Transnational Law*. Volumen 36, pp. 501-527.
- 2000 «The Economics of Bilateral Investment Treaties». *Harvard International Law Journal*. Volumen 41, número 2, pp. 469-502.
- VEYTIA, Hernany
- 2004 ¿Quién es la parte más débil en los contratos de inversión en infraestructura? XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Buenos Aires, 15, 16 y 17 de septiembre. Consulta: agosto de 2007. <[http://www.vrbs.org/xiv\\_congreso/43.htm](http://www.vrbs.org/xiv_congreso/43.htm)>
- WÄLDE, Thomas
- 2004 «The Umbrella (or Sanctity of Contract/Pacta Sunt Servando) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases». *Transnational Dispute Management*. Volumen 1, número 4, pp. 1-87.
- WALLERSTEIN, Immanuel
- 2001 *The End of the World as we know it*. Minnesota: University of Minnesota Press.
- 2002 «The Eagle has Crash Landed». *Foreign Policy Magazine*. Consulta: septiembre de 2007. <<http://www.yonip.com/n/articles/eagle.html>>
- WEINBERG, Karyn
- 1994 «Equity in International Arbitration: How Fair is “Fair”? A Study of Lex Mercatoria and Amiable Composition». *Boston University International Law Journal*. Boston, volumen 12, pp. 227 y ss.
- WILD, Oliver
- 1992 *The Silk Road*. University of California, Department of Earth System Science. Consulta: septiembre de 2006. <<http://www.ess.uci.edu/~oliver/silk.html>>
- WILTSE, Jessica
- 2003 «An Investor State Dispute Mechanism in the Free Trade Area of the Americas: Lessons from NAFTA Chapter 11». *Buffalo Law Review*. Nueva York, volumen 51, pp. 1145-1198.

ZIEGLER, Andreas y Louis Philippe Gratton

- 2006 «Investment Guarantee: From a National to an International Perspective». *International Law Association*. Consulta: marzo de 2007.  
<<http://www.ila-hq.org/pdf/Foreign%20Investment/ILA%20paper%20Ziegler%20rev.pdf>>

ZUMBANSEN, Peer

- 2006 «Transnational Law». En Jan SMITS (editor). *Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham: Edward Eglar, pp. 738-754.