El Derecho Internacional de las Inversiones y el Arbitraje entre Inversionistas y Estados, una intersección en el camino que conduce al Desarrollo Económico* **(“International Investment Law and Investment Arbitration, a crossroad on the way to Economic Development”)**

*Franz Kundmüller Caminiti***

Abstract: Globalization is not new. It flows as far as the testimony of Marco Polo or through previous events such as the formation of the Gandhara culture in 100 AD. The last globalization sets an international environment strongly influenced by economic, commercial and technological factors, in a world not only characterized by the promotion of democracy, but also by severe inequality in income distribution and resource allocation. It brews between the time when the decolonization resulting from the end of World War II and the time when the Berlin Wall fell and the Union of Soviet Socialist Republics was dissolved.

This new global geostrategic scenario brings new actors to the stage and shows us diverse states and non-state actors competing with each other to achieve higher levels of influence and expanding economic areas in the world.

There is a wide range of factors that influences the development of the *lex inversorum* even in economic regions such as Latin America, where the inflow of Foreign Direct Investment is not significant, compared to the influx of investment in other economic regions of the world, as is the case of the countries of Southeast Asia, Eastern Europe, China and India.

This paper aims to introduce Investment Arbitration as a characteristic part of the last globalization in the practice of International Investment Law, including a perspective of Investment Arbitration as a dispute settlement method at the complex crossroad of public and private issues.

Índice:

1. El Derecho Internacional de Inversiones, la *lex inversorum* y los AII
2. La última Globalización y las anteriores, un asunto de densidad
 - 2.1. No una sino muchas y multidimensionales Globalizaciones
 - 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*
 - 2.1.2. La Expansión Europea del Siglo XV y los grandes “descubrimientos” de “otros Mundos”
 - 2.1.3. La Revolución Industrial del Siglo XVIII y las primeras Etas
 - 2.1.4. Del Siglo XVIII al XX, los Estados – Nación y los *Zollvereine*
 - 2.1.5. El S.XX y la Post Segunda Guerra Mundial, el Derecho Internacional para el Desarrollo y las últimas Descolonizaciones
 - 2.1.6. Después de la Caída del Muro, del Siglo XX al XXI
3. Los ámbitos Privado y Público en el DII, el arbitraje en inversiones como factor de balance en la última Globalización.
 - 3.1. La perspectiva del ámbito Privado y el *Global Marketplace*
 - 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
 - 3.2.2. Los modelos para la colocación y tratamiento de la inversión
 - 3.3. El arbitraje en inversiones como factor de balance público-privado
 - 3.3.1. Limitaciones de otras opciones para la gestión de conflictos durante la última globalización
 - 3.3.2. El DII, derecho transnacional descentralizado, equilibrio y balances para la prevención de riesgos

* Research for this paper was funded by the Swiss Secretariat for Economic Affairs (SECO) under a partnership agreement with the World Trade Institute of the University of Bern, Switzerland.

** Abogado, profesor en el curso de Arbitraje, pregrado y postgrado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Ex Gerente de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE, Ex Secretario General del OSCE, miembro del Comité Editorial de la Revista Lima Arbitration, miembro del Círculo Peruano de Arbitraje (www.limaarbitration.net), miembro de la lista de Árbitros del Centro de Prevención y Resolución de Conflictos de la PUCP y de AMCHAM Perú, miembro del Grupo Especializado de Arbitraje en Contratación Pública del Centro de Prevención y Resolución de Conflictos de la PUCP y Presidente de la Comisión de Arbitraje A del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

- 3.3.2.1. Lo público, la soberanía y sus riesgos
- 3.3.2.2. La estructura trilateral de relaciones en el DII
- 4. El Arbitraje en los TLCs y en los BITs en el marco del DII
 - 4.1. Evolución histórica de los AII y sus disposiciones
 - 4.1.1. Importancia del Tratado Jay de 1794 para el DII actual
 - 4.1.2. La relevancia de la Post 2da Guerra para el DII y el modelo *Abs-Shawcross*
 - 4.1.2.1. El modelo Europeo de AII.
 - 4.1.2.2. El relanzamiento del modelo EE.UU. de AII y el NAFTA como telón de fondo.
 - 4.2. Inversión cubierta y arbitrabilidad en el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – EE.UU.
 - 4.2.1. Conceptos de excepción al de “inversión cubierta” que concurren en el capítulo X del APC.
 - 4.2.1.1. Medidas Disconformes (non precluded measures)
 - 4.2.1.2. Medio Ambiente
 - 4.2.1.3. Régimen de Denegación de Beneficios
 - 4.2.1.4. Expropiaciones y bienestar público, Anexo 10-B
 - 4.3. Los temas sustantivos del DII en los AII
 - 4.3.1. Régimen de Transferencias, Requisitos de Desempeño y designación de Ejecutivos.
 - 4.3.2. Trato nacional
 - 4.3.3. Cláusula de la nación más favorecida
 - 4.3.4. Estándar mínimo de Trato
 - 4.3.4.1. Trato justo y equitativo
 - 4.3.4.2. Protección y seguridad plenas
 - 4.3.5. Expropiación directa e indirecta
 - 4.3.6. Interpretación del tratado y arbitraje
- Conclusiones

1. El Derecho Internacional de Inversiones, la *lex inversorum* y los AII

El Derecho Internacional de las Inversiones; en adelante: DII, crece y evoluciona progresivamente, no obstante y como veremos a continuación, se encuentra descentralizado y disperso. El DII 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.¹

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 éstos AII que obligan a países para el mismo año 2005, ascendía ya a 5,500.² Este universo incluye durante la última globalización una gama de AII, que forman parte del DII contemporáneo. Dentro del conjunto de AII destacan los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones; en adelante: TBIs y los capítulos de inversiones de los tratados de libre comercio; en adelante: TLCs.

A enero 2007 y como nunca en la historia económico-jurídica global, existían alrededor de 2,559 TBIs, de otro lado, a fines del año 2012, la Comisión de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo, UNCTAD, contabilizó 2,857 TBIs y 339 “otros acuerdos”, totalizando 3,196 acuerdos internacionales de inversión, con cierta tendencia a la baja en el número de TBIs y al alza en el número de Acuerdos Regionales.³ En general, estos acuerdos que se caracterizan por la participación de una diversidad de países partes, conteniendo disposiciones y estipulaciones a partir de las disciplinas jurídicas del DII. Si bien los TBIs y los TLCs cuentan con una estructura básica muy similar entre si en materia de inversiones, también es cierto que varían unos de otros, en lo que se refiere a las reglas sustantivas y en lo que

¹ ROBERT, Maryse (2007); *Acuerdos de Inversión: Los temas Substantivos del TLC Perú – EE.UU.*; exposición presentada por la autora en el Seminario Nacional sobre Controversias Inversionista – Estado llevado a cabo en Lima, el 22 de mayo de 2007; evento organizado por el Ministerio de RREE del Perú, Proinversión, Ministerio de Economía y Finanzas, UNCTAD, ICSID y OEA.

² UNCTAD (2006); IIA Monitor, International Investment Agreements; UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2006/7; p. 2.

³ UNCTAD (2012); World Investment Report 2013, Global Value Chains: Investment and Trade for Development, p. 101

concierna a las reglas de solución de controversias. Observándolos en detalle, se aprecian ciertos matices diferenciadores, que permiten concluir que estamos ante una especialidad descentralizada en el ámbito del DII.

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 lo que se suma la mayor precisión en las normas destinadas a la protección de asuntos de interés público, entre otros aspectos originalmente considerados en forma no prioritaria y que hoy han sido enriquecidos conceptualmente a partir de la jurisprudencia y la doctrina especializadas.⁴

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,⁵ en el contexto de la relación que existe entre éstos 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.⁶ La *lex invectorum* 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 invectorum* es complejo. Cuenta con similares características al de la *lex mercatoria* y entraña procesos de traslación de estructuras jurídicas para promover el flujo de inversiones y la modernización en el tratamiento jurídico de éstas.

Al igual que en el caso de la *lex mercatoria*, el modelo de administración de poder en la *lex invectorum*, 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 éstos, en función de sus atribuciones constitucionales. Los Estados limitan por la vía de miles de tratados la aplicación del derecho internacional consuetudinario⁷ 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.⁸ Es más, la *lex invectorum* también se origina en fuentes de “derecho blando” o *soft law*.⁹

De otro lado, los AII han sido pactados entre Estados interesados en regular el flujo de inversiones, 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

⁴ Ver: Referencia a la intervención de Anna Joubin-Bret, entonces representante de UNCTAD en un foro organizado en Febrero de 2007, por la American Society of International Law; ASIL y la Investment Treaty Arbitration; ITA, sobre el futuro del arbitraje que involucra a los Estados; en: <http://opiniojuris.org/2007/03/29/asil-ita-conference-on-the-future-of-arbitration-involving-states/>; consultada, octubre 2014.

⁵ Cf. SHAW, Malcolm (1997); *International Law*. Cambridge University Press, United Kingdom, USA, Australia; p. 541 – 584.

⁶ Cf. HIRSCH, Moshe (2006); *Interactions between Investment and Non Investment Obligations in International Investment Law*; En: *International Law Forum of the Hebrew University of Jerusalem Law Faculty*, November 2006, Research Paper No. 14-06.

⁷ Cf. LAUTERPACHT, Elihu (1997); *International Law and Private Foreign Investment*; En: *Indiana Journal of Global Legal Studies*, The Earl A. Snyder Lecture on International Law; p. 259.

⁸ Ver: HOBBER, Kaj (2006); *State Responsibility and Investment Arbitration*; En: *Journal of International Arbitration* 25(5): 545–568, 2008.

⁹ Cf. SHELTON, Dinah (2006); *Normative Hierarchy in International Law*; En: *American Journal of International Law*, April 2006; 100 Am. J. Int'l L. 291.

adquieren obligaciones internacionales en materia de DII. Como es lógico, la regulación jurídica de flujos transfronterizos requiere de un tratamiento especializado.

Es diferente a la regulación o constitución de las instituciones jurídicas tradicionales, donde la normativa se refiere generalmente a categorías jurídicas estáticas. Éstas se concentran por lo general en el *status 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 además que el DII busca responder a la realidad de las dinámicas transfronterizas que se expresan en el flujo de inversiones y 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 AIIs.

De otro lado, es por todo ello que los AIIs incorporan las disciplinas del derecho sustantivo de las inversiones, las que tienen 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 en contra de los Estados.

A esto se suman otras modalidades de gestión de conflictos, cuyo dinamismo tiende a acelerarse durante la última globalización, desbordando o ubicándose mas 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.¹⁰

En la conformación de éste participan una amplia gama de instituciones internacionales. Lo hacen en una dinámica en la que, a su vez, 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”. 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.¹¹

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 internacionales. Bajo 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

¹⁰ Los temas geoestratégicos y de defensa escapan a los límites de este trabajo, pero cabe señalar en este punto que en los últimos años dicho monopolio en el uso de la fuerza por parte de las potencias occidentales, se ha acentuado significativamente, comportando un amplio espectro de factores, como el incremento en el gasto de defensa en los EE.UU. o las acciones militares llevadas a cabo en diversos lugares del mundo, entre las que destacan el caso del Kosovo, Afganistán, Irak y otros.

¹¹ Cf. CHIMNI, Bhupinder S. (2007); *A Just World Under Law: A View from the South*; American University International Law Review, Conference: The Eighth Annual Grotius Lecture Series. 22 Am. U. Int'l L. Rev. 199. Ver además: OKAFOR, Obiora Chinedu (2005); *Newness, Imperialism, and International Legal Reform in Our Time: A Twail perspective*; En: Osgoode Hall Law Journal Vol. 43, No. 1&2.

consecuencia, bajo 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 anti liberal, 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.¹²

Otra vertiente de pensamiento la encontramos precisamente en la Escuela Pluralista,¹³ 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 nunca 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 efectos de reconocer la diversidad jurídica que podemos encontrar en el “llano” de la realidad social.¹⁴

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. A lo que se suma una reflexión sobre la importancia de las estructuras *autopoiéticas*¹⁵ 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, en los cuales se puede constatar la paulatina y 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, son un correlato inevitable de esta evolución. Para efectos de 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 de las 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

¹² Ver: BURLEY, Anne – Marie (1992); *Law Among Liberal States: Liberal Internationalism and the Act of State Doctrine*; En: Columbia Law Review 1907; 92 Colum. L. Rev. 1907; p. p. 1909 – 1996.

¹³ Para el caso Peruano ver: GUEVARA GIL, Armando (2006); *Las Causas Estructurales de la Pluralidad Legal en el Perú*; En: Global Jurist Frontiers: Vol. 6 : Iss. 1, Article 1.; <http://www.bepress.com/gj/frontiers/vol6/iss1/art1>

¹⁴ Cf. SCHIFF BERMAN, Paul (2000); *A Pluralist Approach to International Law*; En: The Yale Journal of International Law; Vol. 32:301; p. p. 301 – 328.

¹⁵ Autopoiesis significa auto-organización; Cf. CALLIESS, Galf-Peter (2001); *Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide to an Autonomous Legal System*; German Law Journal Vol 2 No. 17 – 01 November 2001; p. 2

y alcances en el tiempo y en el espacio.¹⁶ Una aproximación mas detallada al fenómeno de la Globalización requeriría un análisis sociológico, histórico, filosófico y jurídico, imposibles de realizar en un espacio tan reducido.¹⁷ El propósito de introducir una reflexión sobre la globalización 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 existen dinámicas globalizantes de diversa índole y desde mucho tiempo atrás. En efecto y por ejemplo, cabe 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;¹⁸ es decir, hace ya 743 años. De otro lado y en términos de dinamismo comercial y generación de incentivos para la creación de estructuras jurídicas “autopoiéticas”,¹⁹ 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 similares²⁰ a los tiempos de la última parte del siglo XX en adelante.²¹

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 lo que se suman otros actores u operadores sociales o económicos de mayor o menor alcance global, como por ejemplo, las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones internacionales con personería jurídica internacional, las empresas transnacionales, entre otras.

De 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

¹⁶ Cf. HELD, David (1997); *Democracy and Globalization*; En: *Global Governance* 3 (1997); p.p. 251 – 267.

¹⁷ Ver: SCHIFF BERMAN, Paul (2005); *From International Law to Law and Globalization*; En: *Columbia Journal of Transnational Law*; p. 485 – 556.

¹⁸ Los historiadores informan que antes de que la vasta región de la ruta de la seda fuera conquistada por Carlomagno en el Siglo III DC, siglos atrás y hacia el año 100 D.C. se da la conformación de la 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 del oriente con el occidente, integrando patrones culturales griegos y budistas y conformando así una primera forma de sincretismo entre dos mundos muy diferentes. Esto demuestra lo evidente; es decir, que las culturas no son impermeables e interactúan desde tiempos remotos en el mundo Ver: WILD, Oliver (1992); *The Silk Road*; En: <http://www.ess.uci.edu/~oliver/silk.html>; consultada octubre 2014.

¹⁹ Cf. CALLIESS, Graf-Peter (2001); *Ibid.*

²⁰ Cf. LEHMKUHL, Dirk (2003); *Resolving Transnational Disputes: Commercial Arbitration and The Multiple Providers of Governance Services*; Center for Comparative and International Studies, University of Zurich; 2003 ECPR Joint Sessions in Edinburgh, March 28 – April 2, Workshop 11: The Governance of Global Issues: Effectiveness, Accountability, and Constitutionalization. p. 3 – 4.

²¹ Cf. 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*; En: *Journal of Law and Commerce*, 1988; p. p. 109 – 144.

argamasa que vincula cada etapa o a cada globalización con la otra. Ello se debe a la concurrencia de factores económicos, tecnológicos, sociales y jurídicos, demandando 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 europea de la segunda mitad del siglo XV.²² En efecto, dicha expansión implicó el descubrimiento de nuevos u otros mundos. Se produjo la colonización de América, África y Asia.²³ 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, entrañando 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. Es así como encontramos aspectos positivos, como es 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 es el caso de la expansión del esclavismo²⁴, 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 evolución de la primera etapa del DII, ha tomado en consideración y se encuentra impregnada por esta realidad que vincula dos factores fundamentales como son: inversión y desarrollo.²⁵ Las diferencias se encuentran

²² 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 Piepowder Courts o foros Piedi Polvorosi. Hay algunos ensayos valiosos al respecto, de principios del siglo XX, como el de John Ewart. Cf. EWART, John (1903); *What is the Law Merchant?*; En: Columbia Law Review Vol. III, March 1903, No. 3; p. p. 135 – 154.

²³ 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 la China, la India y los países del este de Europa. Estos se incorporan hoy al “global marketplace”, incidiendo ello 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.

²⁴ 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 Sto. 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 (2007); *Breaking the Chains*; Edición en internet del 22 de febrero 2007; En: www.economist.com

²⁵ Cf. McMICHAEL, Philip (2000); *Development and Social Change*; Pine Forge Press, California, London, New Delhi; p. 14.

mas bien en la forma como esta vinculación se plasma a lo largo del tiempo jurídica y económicamente, en cada una de las etapas o en cada globalización.

2.1.3. La Revolución Industrial del Siglo XVIII y las primeras ETAs

Una segunda fase que sigue a las colonizaciones del siglo XV se produce a partir de la Revolución Industrial del siglo XVIII.²⁶ Apenas un siglo antes, en los albores del modernismo, Bentham acababa de acuñar el término “internacional”.²⁷ 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, francés y holandés. Se consolidaron por esta vía las grandes empresas transnacionales; en adelante: ETAs. Es el caso de la British East India Trading Company y otras, que fueron 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.²⁸

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 éstos un mayor valor estratégico integral.²⁹

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*,³⁰ que en el siglo XVIII representó una evolución significativa respecto de 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.³¹

Es justamente en el siglo XII cuando surge la idea del “gubernáculum”, a partir de una primera noción premoderna de lo “público”,³² siendo además éste el siglo de creación de las primeras

²⁶ Cf. TELLO V., Luis Ernesto (2004); El Perú en el proceso de integración Andino de 1992 a 1997; Tesis para optar el título profesional de licenciado en Historia, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, biblioteca digital andina; p. 9.

²⁷ Cf. SPIERMANN, Ole (2005); *Applicable Law*; En: TDM 5 (2005), <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=556>, visitado en octubre 2014.

²⁸ Cf. GREER, Jed; SINGH, Kavaljit (2000); *A Brief History of Transnational Corporations*. En: <http://www.globalpolicy.org/socecon/tncs/historytncs.htm>; visitado en octubre 2014.

²⁹ 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.

³⁰ Cf. CALLIESS, Graf-Peter; *Ibid*; p. 2

³¹ En efecto, es a partir del esfuerzo de los glosadores europeos y con posterioridad al siglo XI, que se dio el desarrollo del Derecho Canónico de los Contratos, el mismo que fuera inspirado por los valores cristianos, pero que a su vez recoge las prácticas seculares de la *curia mercatoria*. La combinación de dichas prácticas seculares con el principio cristiano de la buena fé, desembocó en la relevancia del acuerdo de voluntades en la conformación de los contratos en tiempos pre modernos. 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, Randall (2000); *The Medieval Canon Law of Contract and Early Modern Treaty Law*; En: Journal of History of International Law 2, Kluwer Law International; Netherlands, p. p. 182 – 183

³² Cf. TAMAYO y SALMORÁN, Rolando (2005); Los Publicistas Medievales y la Formación de la Tradición Política de Occidente; Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica Núm 238, México; p. p. 161 – 172.

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.³³ 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, llegando a su máxima expansión a lo largo del siglo XIX, mientras se registran algunos procesos descolonizadores inspirados en las revoluciones americana, francesa y haitiana. Según algunas fuentes y no obstante su vinculación con tiempos coloniales anteriores; las ETAs, tal como se las conoce hoy en día, tuvieron un gran apogeo en el siglo XIX. Dicho apogeo coincide con el de los Estados Nación coloniales que se encontraron en los albores de la Revolución Industrial.³⁴

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, desembocando 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 puesta en práctica de mejores técnicas de almacenamiento y administración, el invento de nuevos y más rápidos medios de transporte, entre otros. El desarrollo tecnológico en medios de transporte tuvo un impacto significativo en la configuración del comercio internacional a partir del Siglo XIX, pero también tuvo un gran impacto la evolución en otros campos como el de la defensa y seguridad. Recordemos que es precisamente en este siglo que el primer portaviones se inventa en los Estados Unidos (en adelante: EE.UU).³⁵

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,³⁶ pero al mismo tiempo, las ETAs 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 la época, el 60 por ciento de la inversión de dichas ETAs se concentró en América Latina, Asia, África y el Medio Oriente; es decir, en espacios geográficos coloniales o otrora coloniales. Empujadas por

³³ Cf. CLARK, David S. (1987); *The Medieval Origins of Modern Legal Education: Between Church and State*; En: *The American Journal of Comparative Law* Vol 35, 1987; p. p. 653 – 719.

³⁴ Ver sobre la Teoría de la Evolución aplicada a la Economía y a la Revolución Industrial, el libro de Clark; CLARK, Gregory (2007); *A Farewell to Alms: A Brief Economic History of the World*; Princeton Economic History of the Western World.

³⁵ El 14 de noviembre de 1910, se realizó el primer intento de despegar un avión desde un barco. La hazaña fue realizada por 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, EEUU. 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>, visitada octubre 2014.

³⁶ También es la época en la que, por ejemplo, toda la esfera de lo que hoy podríamos llamar Derechos Humanos, se encontraba exclusivamente bajo el ámbito de decisión intrafronterizo de los Estados-Nación. Excepcionalmente algunos temas o disciplinas jurídicas referidas 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 así como la obligación de mantener por parte de los Estados ciertos estándares mínimos en el tratamiento de los extranjeros. Es recién en 1919 cuando se produce un cambio importante mediante la creación de la Liga de las Naciones, consagrando ésta la libertad de conciencia y religión en su artículo 22. Ver: SHAW; *Ibid*; p. p. 200 – 202.

una serie de fusiones y absorciones, las ETAs crecieron estructurando monopolios y oligopolios, haciéndolo en ámbitos estratégicos de alcance global como la petroquímica y los alimentos.³⁷ Es a partir de esta dinámica que 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 noventa por ciento de las importaciones de plátano hacia Estados Unidos. De otro lado, la Royal Dutch/Shell manejaba el veinte por ciento del total de la producción rusa de petróleo. Es también el final del siglo XIX y el principio del XX el momento de creación del Panamericanismo y las primeras fricciones entre el norte y el sur.³⁸ La segunda etapa de la globalización moderna concluye en 1914, en los umbrales de la Primera Guerra Mundial.³⁹

Antes resulta de interés hacer referencia a las uniones aduaneras del siglo XIX. Son éstas 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)⁴⁰ 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, 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”,⁴¹ a partir de la idea de la división del trabajo y el aprovechamiento de las ventajas comparativas que ofrecen las economías.⁴²

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 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. Es así como también en su oportunidad y luego

³⁷ Hoy las ETAs son protagonistas y promotoras principales de iniciativas de alcance global en temas sociales y ambientales, tal como lo demuestra el Global Compact de Naciones Unidas; Ver: <http://www.unglobalcompact.org>

³⁸ Cf. GREER, Jed; SINGH, Kavaljit; *Ibid.*

³⁹ TELLO; *Ibid.*

⁴⁰ Cuando en 1814 se levantaron las prohibiciones napoleónicas para el ingreso de productos ingleses a Europa, se produjo una avalancha de dichos productos; en especial, de textiles; los mismos que inundaron los mercados alemanes. Los nuevos Estados alemanes procuraron frenar dicha situación mediante la elevación de aranceles a la importación. Los resultados de dichas políticas comerciales resultaron ser peores que los efectos del bloqueo napoleónico, pues cada estado desarrolló sus propias estructuras arancelarias. Es así como 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. Es por ello que en 1819 presentó un pedido al parlamento de Frankfurt, 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 que 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 unieron otros Estados alemanes a esta iniciativa, sentando las bases para la unificación alemana. Ver: BLANKART, Charles (...); *Deutscher Zollverein*; En: http://www.preussen.de/de/geschichte/preussenlexikon/a-m/deutscher_zollverein.html ; consultada en octubre 2014.

⁴¹ A lo que sumaríamos los actuales Tratados de Libre Comercio o TLCs y los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones o TBIs, en el campo de las inversiones y el Derecho Internacional de las Inversiones que fuera originalmente influido por los “Zollvereine” en mención.

⁴² KUNDMÜLLER, Franz; HERENCIA, Salvador (2006); Estrategias para la Agenda Económico-Social de la Comunidad Andina; Corporación Andina de Fomento, Comisión Andina de Juristas; p. 41 y sgts.

de la Primera Guerra Mundial, un grupo de estados del desmembrado imperio austro – húngaro constituyeron uniones aduaneras para mantener el libre intercambio comercial.

Pero es recién una vez concluida la Segunda Guerra Mundial que 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.⁴³ Pero antes de esto; es decir, mucho antes del Tratado de Roma, la última gran guerra tuvo que dejar a Europa en ruinas,⁴⁴ tornando en inevitable y necesaria su reconstrucción.

2.1.5. El S.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 los EE.UU. 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*.⁴⁵

Sin embargo, éstos fueron al mismo tiempo los primeros elementos ordenadores indirectos del DII contemporáneo. Éstos han ido evolucionando hasta conformar el Orden Económico Internacional actual, institucionalizando así el marco jurídico del Derecho Internacional Económico, que sigue evolucionando paulatinamente.⁴⁶ Esto se expresa en sus dimensiones transaccionales y regulatorias actuales.⁴⁷ Adicionalmente encontramos otros instrumentos internacionales relevantes surgidos con posterioridad y en el campo del DII, pero afluentes del Orden Económico Internacional; como por ejemplo, la Convención del Centro Internacional de Arreglo de Disputas entre Inversionistas y Estados del Banco Mundial; CIADI o de conformidad con sus siglas en inglés: ICSID.⁴⁸

Este tratado multilateral, de suma importancia en el campo del DII, se gestó hacia mediados del siglo XX,⁴⁹ 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

⁴³ TELLO *Ibid.*; p. 15

⁴⁴ Ver: FRIEDRICH, Jörg (2004); *El Incendio, Alemania bajo los bombardeos (1940-1945)*; Editorial Taurus, Buenos Aires.

⁴⁵ TELLO *Ibid.*; p. 9.

⁴⁶ Cf. PETERSMANN, Ernst – Ulrich (1987); *International Economic Theory and International Economic Law: On the Tasks of a Legal Theory of International Economic Order*; En: *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*; Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, Lancaster; p. 227.

⁴⁷ Ver: JACKSON, John (1998); *Global Economics and International Economic Law*; En: *Journal of International Economic Law* 1 (1998); Georgetown University, Washington D.C. 1 – 23.

⁴⁸ Ver: KUNDMÜLLER, Franz; RUBIO, Roger (2006); *El Arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte*; En: *Revista Lima Arbitration*, publicación electrónica del Círculo Peruano de Arbitraje; ver: <http://www.limaarbitration.net/revista.htm>

⁴⁹ En la misma época se desarrolla la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras; Convención de Nueva York, que es el colofón de la evolución arbitral moderna e instaura por vía de un tratado multilateral las disciplinas propias del arbitraje como institución jurídica y medio especializado de solución de controversias. Ver: <http://www.uncitral.org>

le dio origen precisó los alcances del CIADI en los siguientes términos, poniendo de manifiesto la relación directa que existe entre inversión internacional privada y desarrollo:⁵⁰

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; por sus siglas en inglés: MIGA.⁵¹ 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.⁵²

En consecuencia, el MIGA cuenta con una estructura institucional para el ejercicio de sus funciones, incluyendo 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 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.⁵³

*Considerando que es menester fortalecer la cooperación internacional para el desarrollo económico y propiciar la contribución de la inversión extranjera en general y de la inversión extranjera privada en especial a dicho desarrollo;
Reconociendo que la mitigación de las preocupaciones relacionadas con riesgos no comerciales facilitaría y alentaría en mayor grado el flujo de la inversión extranjera hacia los países en desarrollo;*

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 éste; por ejemplo, en la Resolución No. 1707 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Comercio Internacional como Fuente Primaria para el Desarrollo, así como en la Resolución No. 1710 de la misma Asamblea, a la que se suma la No. 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 a los intentos por limar las asperezas entre el norte y el sur.⁵⁴

Como se ha señalado, son precisamente los tiempos de descolonización los que comprenden la irrupción de nuevos países en el escenario internacional tradicionalmente ocupado por los

⁵⁰ ICSID (2003); Convenio Ciadi, Reglamento y Reglas; CIADI 15 Rev. 1; Washington D.C.; p. 11; En: <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>

⁵¹ Ver Convención MIGA en: http://www.miga.org/documents/miga_convention_november_2010.pdf

⁵² ZIEGLER, Andreas; GRATTON, Louis Philippe (2006); *Investment Insurance*; En: The Oxford Handbook of International Investment Law, ed. by Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer, Oxford University Press 2008, p. 524-548.

⁵³ Ver Convención MIGA en: http://www.miga.org/documents/miga_convention_november_2010.pdf

⁵⁴ Cf. ROWE, Vaughan (2007); *Changing Dimensions of International Investment Law*; En: Lectures delivered at the Chinese Academy of International Law in Xiamen, China, September 2006; University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series; Working Paper No. 4/2007; March 2007; p. p. 1 – 6.

grandes Estados - Nación, con todo lo que ello implica. En consecuencia, resurgen los nacionalismos locales.⁵⁵ Los recientemente independizados países y naciones 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 generalmente de países con un incipiente desarrollo industrial y económico, generalmente exportadores de materias primas y sin una presencia gravitante en el ámbito comercial internacional. En el plano político, ello se materializa en una tendencia a llevar a cabo nacionalizaciones y expropiaciones.

Es precisamente este contexto el que inspira la antes mencionada resolución de 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 internacional para el desarrollo, al igual que lo hicieron posteriormente la Convención CIADI y la Convención del MIGA:⁵⁶

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 Nuevo Orden Económico Internacional, lo que ocurrió en los años setenta y también a iniciativa de Naciones Unidas. El Nuevo Orden fue declarado a partir de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados mediante la Resolución No. 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:⁵⁷

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, ésta 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 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

⁵⁵ ZIEGLER, Andreas; GRATTON, Louis Philippe; *Ibid.*

⁵⁶ Resolución No. 1803, GA 1803 (XVII), Off.Doc. CA UN, 17ava sesión, Doc. UN a/17/1803 (1962) 15, Art. 6; En: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1803%28XVII%29

⁵⁷ Resolución No. 3201, GA 3201 (S-VI), Off. Doc. GA. UN 6to spec. sess., Doc. UN A/S-6/3201 (1974), 3. Consultar en: <http://www.un-documents.net/s6r3201.htm>

Finalmente, la última etapa que comprende a la actual globalización coincide con la caída de los *regímenes de democracia popular*,⁵⁸ ocurrida durante la paulatina consolidación de los últimos procesos de descolonización en varios ámbitos geográficos y en distintos continentes.⁵⁹ 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,⁶⁰ que vino a sustituir el “antiguo” Nuevo Orden que referíamos líneas arriba.

Pero el Consenso de Washington ha entrado hoy en una etapa de revisión crítica. Ello ocurre más allá del otrora llamado *triunfo del neoliberalismo*,⁶¹ el mismo que fuera proclamado a partir de la década de los años noventa del siglo pasado, mientras se expandían las “economías emergentes”⁶² en diversas regiones económicas del planeta.

Lo cierto es que hoy una gama muy amplia de instituciones, reconocidos juristas, economistas,⁶³ expertos⁶⁴ y funcionarios internacionales del mas alto nivel,⁶⁵ participan en el debate global para la revisión póstuma del Consenso de Washington.⁶⁶ Hoy se otorga preeminencia a la necesidad de generar nuevos “consensos” que permitan contar con modelos económicos viables para superar 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”, así como las políticas liberales del Consenso de Washington, han fracasado o simplemente no han terminado de resolver los problemas básicos de la población mas 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”.⁶⁷ A lo que se suman una serie

⁵⁸ TELLO; *Ibid.*

⁵⁹ Cf. McMICHAEL, *Ibid.*

⁶⁰ El término Consenso de Washington fue acuñado en 1990 por el economista John Williamson, en un estudio preparado para el *Institute for International Economics*. Este es un prominente *think tank* radicado en Washington DC. En términos generales, el Consenso de Washington 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, etc. Estas políticas fueron adoptadas por un número considerable de Estados a nivel global desde los años ochenta en adelante. Cfr. Petráš, V. (2000); *Towards 2005: Consistencies and inconsistencies of the FTAA process in the face of challenges to the Liberal Democratic Governance Consensus in the Americas*; En: “Summer Institute 2000 Robarts Centre for Canadian Studies”. Toronto-Canadá. Mas información en: <http://www.robarts.yorku.ca> ; Ver además: KUCZYNSKI, Pedro Pablo y WILLIAMSON, John. *After the Washington Consensus: Restarting Growth and Reform in Latin America*, *Institute for International Economics*.2003; En: http://bookstore.iie.com/merchant.mvc?Screen=PROD&Product_Code=350

⁶¹ Cf. KRESALJA, Baldo (2003); *La Política en material de Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina*; En: Derecho Comunitario Andino; PUCP, Instituto de Estudios Internacionales; p. 235.

⁶² Cf. NICHOLS, Philip (1999); *Legal Theory of Emerging Economies*; En: Virginia Journal of International Law Winter 1999, 39 Va. J. Int'l L. 229.

⁶³ Ver: HELD, David (2004); *Globalisation: The Dangers and the Answers*; En: https://www.opendemocracy.net/globalization-vision/reflections/article_1918.jsp.

⁶⁴ Cf. DRACHE, Daniel (2001); *The Post Washington Consensus: The Market Disconnect and The Public Reconnect*; Paper presented at the International Conference: Beyond the Washington Consensus. Governance and Public Domain in Contrasting Economies; February 2001 (...); En: <http://isidev.nic.in/pdf/DDrache.PDF>.

⁶⁵ El entonces director general de la OMC, Pascal Lamy, declaró en marzo de 2006 que es necesario pasar del Consenso de Washington al consenso de Ginebra, en orden a que resulta indispensable superar los pasivos sociales. Ver: http://www.sarpn.org.za/documents/d0001869/Lamy_WTO_Feb2006.pdf

⁶⁶ Cf. STIGLITZ, Joseph (2000); *What I learned at the World Economic Crisis*; En:

http://www.robarts.yorku.ca/archives/institute/2000/pdf/stiglitz_worldban.pdf, consultada en octubre 2004.

⁶⁷ Ver Informe 2007 del Banco Mundial sobre Objetivos del Milenio: <http://www.un.org/es/millenniumgoals/reports.shtml>.

de problemas colaterales no menos importantes, como los que encontramos en materia medioambiental y a escala global.⁶⁸

No en vano el discurso de despedida del ex Secretario General de las Naciones Unidas en septiembre de 2006 (Kofi Annan), hizo referencia a la necesidad 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.⁶⁹ 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 de las reservas de los EEUU, 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 70 y luego la crisis de la deuda externa de los años 80. Se trata de eventos que también han generado repercusiones globales de diversa “intensidad” jurídico-económica.

También 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. 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, instaurando el Fondo Monetario Internacional, el Banco para la Reconstrucción y Fomento, entre otros.

En efecto, dicha evolución posterior se plasma en los años noventa del SXX 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 o G-8 o la constitución de la Unión Europea (UE), como última etapa de la integración de esta región económica, dando lugar a la Eurozona.⁷⁰

También se creó el Tratado de Libre Comercio de América del Norte; en adelante: NAFTA por sus siglas en inglés, la Cumbre de las Américas y el post-panamericanista 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 de los eventos mas 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.

⁶⁸ Ver Programa de Naciones Unidas para el Medioambiente: <http://www.pnuma.org>

⁶⁹ Cf. PETERSMANN, Ernst Ulrich (2006); Justice in International Economic Law? From ‘International Economic Law among States’ to ‘International Integration Law’ and ‘Constitutional Law’; EUI Working Papers LAW No. 2006/46 ; European University Institute; Department of Law; p. 1.

⁷⁰ 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 Cotonou, que son un importante antecedente de la vinculación jurídico económica que se viene gestando en la actualidad 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 Cotonou ver: FAIRLIE REINOSO, Alan (2007); Bases para una Negociación Justa entre la Unión Europea y la Comunidad Andina; Editorial CAN, Plades.

A su vez, en cada caso se han producido dinámicas posteriores; por cierto, no todas de la misma intensidad y alcances positivos, 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 terminó aletargado ante el declive de la multilateralización comercial global,⁷¹ como alternativa han surgido los Tratados de Libre Comercio o Acuerdos de Promoción Comercial, como el que recientemente ha negociado y ratificado el Perú con EE.UU.

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 TBIs⁷² 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 la del interés y 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 éstos destacan los países con economías emergentes, que permanentemente buscan oportunidades y alianzas estratégicas para incrementar su participación en el *Global Marketplace*.⁷³

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 densificarse⁷⁴ 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, la India⁷⁵ y la China,⁷⁶ así como la

⁷¹ En efecto, en la reunión de la Organización Mundial del Comercio llevada a cabo en Potsdam el año 2007, se confirma esta tendencia, expresada en sendos comunicados formulados por los Estados Unidos de Norteamérica y por la autoridad comercial de la Unión Europea, donde dan cuenta de las dificultades para proseguir con la Ronda de Doha. Ver: KUNDMÜLLER, Franz, “OMC: ¿Ronda de Doha r.i.p.?”; En: Globalaw, 21 Junio 2007, <http://blog.pucp.edu.pe/item/10929>; Comunicado de la Unión Europea, en: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2007/june/tradoc_134804.pdf; Comunicado de la autoridad comercial de los Estados Unidos de Norteamérica, en: <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/archives/2007/june/statement-ustr-ambassador-susan-c-schwab-and>

⁷² *Ibid.*; p. 2

⁷³ Los más de 60 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 bilatlarización del comercio. Cf. PETERSMANN; *Ibid.*

⁷⁴ Un importante indicador que permite percibir la “densidad” de la actual globalización lo encontramos en el hecho que al año 2005 un tercio ni mas ni menos, de las reservas en moneda extranjera de la China continental, se encontraba consignado en bonos del Tesoro Americano de los EE.UU.. En aquel entonces el total de las reservas chinas alcanzaban la cantidad de 700 billones de dólares. Ver: GOODMAN, Peter (2005); *China Pledges not to unload U.S. T-Bills*; En: Washington Post Foreign Service; Sept 10, 2005; En: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/09/09/AR2005090902025.html>

⁷⁵ Ver: PANGARIYA, Arvind (2005); *The Triumph of India's Market Reforms, The Record of the 1980s and 1990s*; En: Policy Analysis, November 7, 2005; No. 554; Cato Institute.

⁷⁶ *El año pasado (2006) China creció 10.7%, y en alguna de sus provincias costeras, como Guandong y Fujian, el crecimiento fue 20% anual. Pero este auge no es excepcional: en los últimos 4 años, China creció por encima del 10% anual, y en los últimos 28 años la tasa anual promedio ha sido 9.6%. Por eso el producto se multiplicó por cinco en 28 años, y el ingreso real per capita se duplicó cada 8; y es esta la expansión, realizada a la tasa más alta por el periodo más prolongado en la historia del capitalismo desde la Revolución Industrial, que fue considerada la semana pasada por el primer ministro chino, 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 calculo del gobierno chino, es que importará en el 2020 el 75% del petróleo que consume, el doble que el*

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 donde 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 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.⁷⁷ Destacan en la actual coyuntura los casos de los llamados países “fallidos”⁷⁸ o de los países menos desarrollados⁷⁹ o avanzados, ubicados en diversos espacios geográficos como África⁸⁰ y América Latina.⁸¹

Una de las características de las economías en vías de desarrollo es precisamente la necesidad de atraer inversiones hacia contextos socio-económicos que no siempre son amigables para lograr dicho objetivo y donde el riesgo político es 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 locales responden a duras penas al ritmo de marchas forzadas⁸² que imponen los tiempos de la última globalización.⁸³

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 TLCs y en los TBIs, 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

nivel actual, y consumirá el 10.6% del petróleo mundial; En: CASTRO, Jorge (2007); *La Nueva Revolución China*; En: Cronista Comercial, Argentina, 26/03/2007; publicado por: La Red Latinoamericana de Política Comercial; boletín publicado por Internet; Año 5, No. 206, 30 de Marzo de 2007.

⁷⁷ Ver sobre las alianzas “virtuales” de las metrópolis, que se realizan por medios electrónicos: FRUG, Gerald;

BARRON, David (2006); *International Local Government Law*; En: The Urban Lawyer Vol. 38, No. 1, Winter 2006.

⁷⁸ Conforme los indicadores de Foreign Policy, el Perú es un país en peligro de convertirse en “fallido”, mientras Colombia se encuentra en estado crítico y tanto Venezuela y Paraguay comparten la misma calificación que la que recibe el Perú. Por el contrario, Uruguay, Chile, Brasil y Argentina no se encuentran ni en una situación límite, ni en peligro ni en estado crítico. Ver mayores detalles en: http://www.foreignpolicy.com/story/cms.php?story_id=3098

⁷⁹ El año 2007 UNCTAD publicó un informe completo al respecto, destacando el impacto negativo que tiene el déficit tecnológico y de conocimiento en materia de desarrollo económico. Ver referencia al Informe UNCTAD 2007 sobre países menos desarrollados en Blog Globalaw de la Pontificia Universidad Católica del Perú; en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/12378>, visitado Octubre 2014.

⁸⁰ Ver: RIZVI, Haider (2006); *Desarrollo: El abismo de la inequidad*; En: <http://www.ipsnoticias.net/nota.asp?idnews=34917>

⁸¹ Ver publicación de la Fundación Canadiense para Las Américas en: <http://www.focal.ca/>

⁸² 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.

⁸³ El caso de China es sorprendente; en particular por la falta de consistencia de su actual sistema de impartición de Justicia, donde aparentemente ha habido una modernización acorde con ciertos estándares internacionales, pero en el fondo, la casuística disponible demuestra que el Partido Comunista Chino sigue manteniendo el control del aparato jurisdiccional chino. Cf. KLINGST, Martin (2007); *Herr Yu, Frau Hu und ihre Richter*; die Zeit, <http://www.zeit.de>; mayo 2007.

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 que se “densifica” la última globalización. Ello ocurre sobre la base de la problemática inherente a la administración y el ejercicio de poder político,⁸⁴ llevado éste a la práctica por los Estados y frente a los intereses y capacidades del capital global o transnacional. Se requiere entonces de 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.⁸⁵

Es decir, se requiere propiciar el balance entre lo privado y lo público,⁸⁶ en el eje de relación entre lo nacional o doméstico y lo internacional-global. El DII es una de las expresiones del Derecho Transnacional contemporáneo, que en el plano jurídico caracteriza a la última globalización⁸⁷ y que se sitúa precisamente entre lo público y lo privado. Un indicador fáctico para medir la densidad de la globalización consiste precisamente en la gran cantidad de TBIs y, en general, de AIIs 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. La misma que se ha acentuado en los últimos años.

De otro lado, los AIIs 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 transnacional⁸⁸ 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 autopoiética que soporte el flujo comercial y de inversiones. Esto adquiere relevancia ante una realidad económico-comercial que rebasa largamente las fronteras y soberanías territoriales, trascendiendo a éstas, 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, donde el contrato y el tratado adquieren la primacía como medio para lograr seguridad jurídica y predictibilidad.

3.1. La perspectiva del ámbito Privado y el *Global Marketplace*

Mas 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 obedecen a fines altruistas para el beneficio social. Tampoco responden 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.

⁸⁴ Lo que nos llevaría a algo que no vamos a abordar acá; es decir, una reflexión sobre el poder político y la obligación política frente a la obligación legal; para lo cual conviene revisar: LEGAZ y LACAMBRA, Luis (1957); *Political Obligation and Natural Law*; En: Natural Law Forum; translated by Catherine Havey); p . p. 119 – 128.

⁸⁵ Cf. CHENG, Tai – Heng (2005); *Power, Authority and International Investment Law*; En: American University International Law Review; 20 Am. U. Int'l L. Rev. 465; p. 500.

⁸⁶ Una reflexión sobre el arbitraje, lo público y lo privado ver: BULLARD, Alfredo (2006); *Enemigos Íntimos. El Arbitraje y los Contratos Administrativos*. En: Revista Peruana de Arbitraje; No. 2/2006, Editorial Grijley; p. p. 155 – 227.

⁸⁷ Cf. ZUMBANSEN, Peer (2006); *Transnational Law*; En: Encyclopedia of Comparative Law, Jan Smits (ed.); p. p. 738 – 754.

⁸⁸ Cf. LEHMKUHL, Dirk; *Ibid.*

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 privado por lucrar, acumular y crecer económicamente, generando renta y excedentes económicos. Esta es una constante que se puede apreciar, por ejemplo, desde el surgimiento de las primeras ETAs de alcance global hasta la actualidad. Pero también se pueden observar algunos cambios; en particular, los ocurridos durante la última globalización. Se trata por ejemplo del perfil de responsabilidad corporativa que encontramos en los actuales tiempos, en temas como Derechos Humanos, la protección de los menores, la preservación del medio ambiente, entre otros.⁸⁹ 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.⁹⁰ 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 ello, los AIIs ya no pueden ser ajenos a esta realidad.

De otro lado, los inversionistas se orientan por el lógico interés por generar utilidades,⁹¹ teniendo una clara expectativa económica en lo que implica preservar e incrementar dichas utilidades, a efectos de asegurar la rentabilidad de sus negocios.⁹² 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, como lo es la preservación de la estabilidad y seguridad jurídica para la inversión.⁹³

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 han limitado el flujo de la inversión extranjera directa; en adelante: IED, hacia los países en vías de desarrollo.⁹⁴

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

⁸⁹ Cf. LEADER, Sheldon (2006); *Human Rights, Risks, and New Strategies for Global Investment*; En: Journal of International Economic Law; p. p. 657 – 703.

⁹⁰ Cf. KOOIMAN, Jan (2005); *Gobernar en Gobernanza*; En: Instituciones y Desarrollo, Edición 16, Jueves 3 de marzo de 1995; en: <http://pendientedemigracion.ucm.es/centros/cont/descargas/documento24211.pdf>

⁹¹ Cf. ROWE; *Ibid.* ; p. 2.

⁹² Una perspectiva crítica respecto de esta lógica se puede ver en: WALLERSTEIN, Immanuel (2002); *The Eagle has Crash Landed*; En: Foreign Policy Magazine, july-august 2002; ver también del mismo autor; (2001); *The End of the World as we know it*; University of Minnesota Press, 2001; ISBN 0816633983; p. p. 277.

⁹³ Ver: VEYTIÁ, Hernán (2004); *Quien es la parte más débil en los Contratos de Inversión en Infraestructura*; En: XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Buenos Aires, 15, 16 y 17 de septiembre de 2004; Ver en: <http://vrbs.org/old/frameport.htm>; consultada octubre 2014.

⁹⁴ Cf. AKINSANYA, Adeoye (1987); *International Protection of Direct Foreign Investments in the Third World*; En: International and Comparative Law Quarterly Vol.36, Jan 1987; p. 58.

trata de un tema pacífico.⁹⁵ A lo que se suma obviamente que los costos de colocación de inversión en contextos de alto riesgo político son mucho mayores que los costos en contextos con menor riesgo político y problemas de seguridad.⁹⁶ 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 ofrece 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 y 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.

Pero como es evidente, a esto se suma la necesidad de que exista un adecuado diseño y aplicación de las políticas públicas y del DII, en los niveles locales y globales.⁹⁷ 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 éstos TBIs o capítulos de inversiones en los TLCs, 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 global que se genera a partir de la inversión directa extranjera (IED) 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, ésta 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.⁹⁸

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 ETAs.

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 adecuación de las estructuras jurídicas, ante los retos propios de la última globalización. De donde fluye que se está dando un proceso de transición para estas economías, el mismo que va

⁹⁵ Cf. PORTERFIELD, Matthew (2006); *An International Common Law of Investor Rights?*; En: University of Pennsylvania Journal of International Economic Law; 27 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 79; p. 81 – 82.

⁹⁶ Cf. VEYTIA, Hernany; *Ibid.*

⁹⁷ En el entendido 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; Ver: McMICHAEL, Philip (2000); *Development and Social Change*; Pine Forge Press, California, London, New Delhi; VANDELDE, Kenneth (1998); *Investment Liberalization and Economic Development: The Role of Bilateral Investment Treaties*; En Journal of Transnational Law; 36 Colum. J. Transnat'l L. 501; y, del mismo autor: (2000) *The Economics of Bilateral Investment Treaties*; En: Harvard International Law Journal; 41 Harv. Int'l L. J. 469; ver además: MORAN, Theodore (2000); *Inversión Extranjera Directa y Desarrollo*; Oxford University Press, México.

⁹⁸ GHEMAWAT, Pankaj (2007); *La globalización del 10%*; En: Foreign Policy (edición española) N° 20 (abril-mayo) 2007, p. 68-74.

de un modelo relacional hacia uno institucionalizado.⁹⁹ 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 con la necesidad 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 poder contar con medios especializados de gestión y solución de conflictos.

A su vez, estos medios deben ser plenamente adaptables a las características que tienen los modelos de interacción transfronteriza o extraterritorial que comprende el flujo de inversiones transnacionales.¹⁰⁰ Podemos apreciar esto en 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.¹⁰¹

A ello agreguemos las obligaciones de tipo positivo y negativo a cargo de las partes en los AII. Las primeras son aquellas que implican el ejercicio del poder del Estado ante determinadas amenazas en contra de la inversión o de 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,¹⁰² 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 arriba,¹⁰³ demostrarían 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,¹⁰⁴ incluyendo pero no limitándose al flujo de inversiones. Es de éste tránsito que surge la base para el Derecho Transnacional Contemporáneo y del cual el DII forma parte fundamental.

⁹⁹ Cf. NICHOLS, Philip; p. 278.

¹⁰⁰ A lo que, a efectos de promover inversiones, también se debe tomar en cuenta la relevancia de una variada gama de factores; como son: 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, los tratados internacionales en vigencia para el país, entre muchas otros. Por lo pronto, UNCTAD informa respecto del volumen de cambios jurídicos e institucionales producidos en el ámbito global, por parte de los países del mundo en materia de inversiones. En donde se puede apreciar una proyección interesante que demuestra la evolución de la última globalización, dado que mientras en 1991 solamente 35 países introdujeron cambios en sus regímenes de inversiones, en el año 2003, lo hicieron 82 países; es decir, mas del doble. A su vez, mientras en 1991, solamente se pudieron registrar a escala global unos 80 nuevos tipos de regulación administrativa más favorables a la inversión extranjera; en el año 2003, se registraron 220. En: UNCTAD (2004); World Investment Report, The Shift Towards Services; United Nations Publication, ISBN 92-1-112644-4; Switzerland; p. 8.

¹⁰¹ Ver 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>

¹⁰² Cf. ROBBINS, Joshua (2006); *The Emergence of Positive Obligations in Bilateral Investment Treaties*; en: University of Miami International and Comparative Law Review, Spring 2006; 13 U. Miami Int'l & Comp. L. Rev. 403.

¹⁰³ Siguiendo la nomenclatura de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo; en adelante: UNCTAD; en: <http://unctad.org/en/Pages/Home.aspx>

¹⁰⁴ Ver: BOBBIT, Philip (2003); *The Shield of Achilles: War, Peace and the Course of History*; Publ. by Alfred A. Knopf, New York, Toronto.

Este nuevo escenario se caracteriza en lo político por la necesidad de desarrollar modelos de gobernabilidad en múltiples niveles y sectores nacionales e internacionales.¹⁰⁵ En lo económico, hoy advertimos la transabilidad global de diversos factores, incluyendo las fuerzas laborales.¹⁰⁶ A ello se suma el impacto de las nuevas tecnologías,¹⁰⁷ el proceso de “economización” del Derecho Internacional,¹⁰⁸ la mayor importancia de aspectos regulatorios para la viabilidad de las economías, el resurgimiento, especialización y consolidación de una gama de instituciones jurídicas inmanentes como la *lex mercatoria*¹⁰⁹ y el arbitraje internacional. Este último se presenta en sus diversas expresiones internas (nacionales) e internacionales. En este escenario encontramos también al 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 lo que se suma el incremento en cuanto al 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*¹¹⁰ 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 (IBA) de 2010¹¹¹ y de las reglas sobre incompatibilidades y conflicto de interés en el arbitraje, aprobadas por la misma institución en 2004.¹¹²

Ambas se aplican con frecuencia en los arbitrajes internacionales, ya sea por decisión de los árbitros o por acuerdo entre las partes en litigio. Nótese que ambas estructuras jurídicas han sido emitidas por una institución privada de alcance internacional;¹¹³ es decir, no son ley promulgada por país alguno ni tampoco son el 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.¹¹⁴

¹⁰⁵ Cf. PETERSMANN; *Ibid.* ; p. 4.

¹⁰⁶ Cf. STEINGART, Gabor (2006); *Globalisierung: Gleicher Lohn für Gleiche Arbeit*; En Spiegel Magazin; 11 Sept. 2006; <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,436345,00.html>

¹⁰⁷ En especial, a partir de los medios de comunicación de alcance global, la computadora y el Internet; éstos últimos como extensión de las capacidades intelectuales y mentales de las personas; Cf. DE TRAZEGNIES, Fernando (1999); *El Dilema de la Globalización ¿Universalización o Articulación?*; Ponencia presentada por el autor en la Universidad Carolina de Praga; En: <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafda.htm> . Ver además sobre evolución del conocimiento y la tecnología, entre otros temas: RAMENTOL, Santiago (2004); *Teorías del Desconcierto*; Editorial Urano Tendencias; p. 168

¹⁰⁸ Cf. KUNDMÜLLER, Franz (2005); *El Arbitraje y los Tratados de Libre Comercio*; En: Revista Peruana de Arbitraje; No. 1/2005; Editorial Grijley, p. p. 132 – 133.

¹⁰⁹ Cf. TEUBNER, Günther (2002); *Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of Lex Mercatoria*; En: European Journal of Social Theory, Frankfurt University; p. p. 199 – 217

¹¹⁰ Cf. KAUFMANN – KOHLER, Gabrielle (2003); *Globalization of Arbitral Procedure*; En: Vanderbilt Journal of Transnational Law; Vol 36:1313; p. p. 1313 - 1333

¹¹¹ Ver: IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010), en : http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

¹¹² Ver: IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2004), en : http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

¹¹³ Ver: IBA, “About the IBA”, en http://www.ibanet.org/About_the_IBA/About_the_IBA.aspx

¹¹⁴ Cf. 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, Sept. 2003; p. 7.

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 1958¹¹⁵ o el CIADI. Son estructuras jurídicas que están influenciando decididamente en el arbitraje internacional o transnacional, a lo que se suma el Derecho Arbitral que produce la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; por sus siglas en inglés: UNCITRAL.¹¹⁶ De otro lado, en el ámbito contractual, la misma influencia viene ejerciendo el derecho que produce UNIDROIT.¹¹⁷

Finalmente, no menos importante es la creciente producción de *soft jurisprudence* o jurisprudencia blanda en materia de DII,¹¹⁸ la misma que condiciona e influye los desarrollos jurídicos y la forma como la relación económica-jurídica que existe 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 arriba 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

De otro lado, 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 soberanía¹¹⁹ 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 éste, 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. Son precisamente los Estados los que, en ejercicio de su poder soberano, negocian y ratifican los AII. Pero también es cierto que los Estados compiten entre sí, materializando el interés por atraer inversiones.¹²⁰ 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.

De otro lado y atendiendo a la fragmentación enunciada líneas arriba, 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.¹²¹ Esto ocurre en un contexto que se caracteriza por el inevitable declive del “Estadocentrismo” clásico derivado originalmente de los Tratados de Westfalia y posteriormente del Modernismo.

¹¹⁵ Incluye a 152 Estados partes a octubre 2014, ver:

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Ver: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2010), en :

<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>

¹¹⁸ 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.

¹¹⁹ Sobre soberanía ver: ANAND, R.P. (1986); *Sovereign Equality of States in International Law*; En: Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Dodrecht, Boston, Lancaster; p. p. 17 – 221.

¹²⁰ Cf. TRACHTMAN, Joel (2002); *Institutional Linkage: Transcending “Trade and...”*; En: Symposium: The Boundaries of the WTO, The American Journal of International Law Vol.96:77; p. 80.

¹²¹ Sobre la crisis del Derecho Internacional Consuetudinario ver: GUZMAN, Andrew (2005); *Saving Customary International Law*; University of California, Berkeley Public Law Research Paper No. 708721; publicado en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=708721 ; visitado marzo 2007.

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”.¹²² Dichos acontecimientos incentivan hoy la transición de un modelo de Estado caracterizado originalmente por ser un prestador de servicios públicos, hacia un modelo de Estado que garantiza y regula mercados en el ámbito local y transnacional. Se trata entonces de Estados que negocian espacios jurídico-económicos en el ámbito global y que compiten con otros Estados para ampliar dichos espacios y satisfacer los intereses que representan políticamente.¹²³

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 de 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;¹²⁴ 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 arriba. De acuerdo con la unidad de inteligencia económica de *The Economist*,¹²⁵ el total de los flujos de ingreso de inversión a nivel global en el año 2010 ascenderá a US\$1.5 trillón.¹²⁶

Es así como 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,¹²⁷ 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 contar con inversión local.¹²⁸

No obstante, de conformidad con lo que informa el Banco Mundial, el Perú no figura en el contexto global entre los países más competitivos para captar inversión extranjera,¹²⁹ ni

¹²² Sobre las etapas de la globalización: KUNDMÜLLER, *Ibid*; p. 121.

¹²³ Cf. MIR PUIGPELAT, Oriol (2004); *Globalización, Estado y Derecho*. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo. Editorial Thomson Civitas. Madrid – España; p. p. 36 – 58.

¹²⁴ Cf. STEINGART, Gabor; *Ibid*.

¹²⁵ ECONOMIC INTELLIGENCE UNIT (2006); *World Investment Prospects to 2010; Boom or Backlash*; En: http://graphics.eiu.com/files/ad_pdfs/wip_2006.pdf

¹²⁶ 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.

¹²⁷ 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 US\$648 billones de inversión registrada en el año 2004, solo US\$67 billones han tenido como destino América Latina; es decir, apenas un 10.3% del total. Lo que indica que existe aún mucho por hacer en lo que concierne a atracción de inversiones hacia una región del mundo que guarda un gran potencial. Ver: GARCÍA BOLIVAR, Omar (2007); *Investor – State Disputes in Latin America: A Judgement on the Interaction between Arbitration, Property Rights Protection and Economic Development*; En: *Law and Business Review of the Americas*; Winter 2007; 13-WTR L. & Bus. Rev. Am. 67; p. p. 67 – 96.

¹²⁸ 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. En cambio, se suele resaltar la problemática del comercio nacional y el hecho 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 mas grandes”. Es lo que se observa de la campaña para la ratificación del TLC con Estados Unidos, por ejemplo. Cabe destacar, sin embargo, 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 mas del comercio que de las inversiones.

¹²⁹ De hecho, el Perú no figura entre los 50 países mas competitivos del mundo, conforme las estadísticas del World Economic Forum, publicadas en lo que concierne al período 2006-2007 y donde el único país de la región que figura

tampoco figura en la relación de países líderes para hacer negocios, no contando con un clima de negocios competitivo.¹³⁰ El Perú 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, 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, siendo incluso superior a la deuda pública peruana.¹³¹ De otro lado, un reciente estudio de la Asociación para el Fomento de la Infraestructura nacional, ha identificado que el déficit de infraestructura en el Perú, para el período 2012 a 2021, llegaría a 87,975 millones de dólares. El estudio en mención ha sido desarrollado por dos universidades de reconocido prestigio en la especialidad de economía.¹³²

Este déficit en inversiones en infraestructura en diversos sectores, 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 en inversiones cabe sumar los elevados costos de los pasivos sociales y ambientales. Los indicadores económicos nacionales que proyecta el país en el ámbito internacional grafican lo dicho, desalientan la inversión¹³³ o, en todo caso, constituyen factores que incrementan los costos de colocar inversión 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 uno por ciento al tres por ciento del Producto Bruto Interno en inversión.¹³⁴ Sin perjuicio de que éste no es un tema pacífico y de que no ha existido unidad de criterio respecto de la forma como se configuran y definen los esperados efectos positivos de la inversión;¹³⁵ los estudios econométricos más recientes demuestran que los AII's y en especial, los TBI's, 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.¹³⁶

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 en contra de sus derechos por parte de los Estados receptores de inversión, tampoco han garantizado la eficiencia requerida para resolver este tipo de conflictos.

es Chile en el puesto 27, liderando la lista Suiza y cerrándola Indonesia, en el puesto cincuenta; ver: http://www.weforum.org/pdf/Global_Competitiveness_Reports/Reports/gcr_2006/top50.pdf, visitado octubre 2014.

¹³⁰ El Perú solo figura entre los principales "reformadores económicos", a diferencia de otros países en el mundo que si clasifican y destacan globalmente por promover un buen clima de negocios. Ver: <http://www.doingbusiness.org> y visitar el Blog Globalaw de la Pontificia Universidad Católica del Perú en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/10277>

¹³¹ Ver: DU BOIS, Fritz; TORRES, Javier (2006); *Déficit y Sobrecostos de la Economía Peruana*; En: Revista de Economía y Derecho, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Invierno 2006; p. 7.

¹³² AFIN (2012), Plan Nacional de Infraestructura 2012-2021; Instituto de Regulación y Finanzas, Universidad ESAN, Universidad del Pacífico; prefacio. Documento disponible en:

http://www.afin.org.pe/images/publicaciones/estudios/plan_nacional_de_infraestructura_2012_2021.pdf

¹³³ Ver indicadores de Naciones Unidas para el caso peruano en: <http://unstats.un.org/unsd/mdg/Data.aspx?cr=604>

¹³⁴ Declaraciones de José Luis Guasch, consejero regional de América Latina para Regulación y Competencia del Banco Mundial. Publicado en Agencia de Noticias Andina; 10 de octubre de 2006; ver: <http://www.andina.com.pe/agencia/>.

¹³⁵ Ver: MORAN, Theodore (2000); *Inversión Extranjera Directa y Desarrollo*; Oxford University Press.

¹³⁶ Ver: NEUMAYER, Eric; SPESS, Laura (2005); *Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?*; London, LSE Research Online; available online: February 2006; en: <http://eprints.lse.ac.uk/archive/00000627>

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 en contra del Estado receptor en los entes o foros de cooperación financiera y económica internacional, finalmente no han comprobado su eficiencia y eficacia.

En su mayoría éstos son considerados medios de presión política antes que soluciones definitivas y eficientes. Por el contrario, las medidas citadas líneas arriba, simplemente han contribuido a complicar aún más el panorama de las relaciones entre países importadores y países exportadores de capital.¹³⁷

3.2.2. Los modelos para la colocación y tratamiento de la inversión

De conformidad con la doctrina del DII, se puede constatar que 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*.¹³⁸

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 TBIs que ofrecen protección a los derechos sustantivos de los inversionistas. Como quiera que algunos TBIs donde China es parte no contienen reglas en materia de solución de controversias inversionista - Estado, han sido los tribunales chinos los encargados de resolver estas controversias. Sin embargo, las controversias en lo referente a la determinación del monto indemnizatorio derivado de una expropiación si ha sido considerado como materia arbitrable en la mayoría de TBIs en los que China es parte.

Por contraste con esto, el resto de derechos sustantivos en materia de inversiones, siempre han sido sometidos a los tribunales nacionales chinos, confirmando así la vigencia del modelo en mención.¹³⁹ Es así como en el caso de este primer modelo se puede constatar que el acceso limitado al arbitraje no se ha convertido en un aspecto que desincentive por parte de los inversionistas su interés por invertir. Es decir, el interés por lograr la ubicación de la IED en un mercado con determinadas características, es mucho más importante para éstos, que otros 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

¹³⁷ Cf. AKINSANYA; *Ibid.*

¹³⁸ Cf. FRANCK, Susan (2007); *Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law*; En: *Global Business & Development Law Journal*, Vol 19; p. 357.

¹³⁹ *Ibid.* ; p. 358.

Australia y los Estados Unidos han suscrito un Tratado de Libre Comercio, denominado por sus siglas en inglés AUSFTA. Este tratado contiene disposiciones sustantivas para la protección de los inversionistas, pero no pone a disposición de éstos 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 11.16¹⁴⁰ del capítulo de inversiones del tratado en mención, establece que los estados parte actúan como “guardianes”¹⁴¹ 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 USA, 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 EE.UU. a partir del capítulo de inversiones del NAFTA, trascienden a los países vinculados por dicho tratado. En efecto, dichas experiencias y los modelos normativos contenidos en el NAFTA, han generado una influencia significativa en otros tratados de libre comercio negociados y ratificados por EE.UU. y otros países. Por ejemplo, desde diciembre de 2003 EE.UU. 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.¹⁴²

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.¹⁴³ No obstante ello, el comercio y las inversiones han fluido sin problemas entre ambas partes del AUSFTA. Ello 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, conformando así una amplia base para que las controversias puedan ser resueltas a partir de un dialogo económico, político y diplomático, antes que mediante medios internacionales como el arbitraje inversionista – Estado.

Finalmente, el *Modelo de Liberalización de Mercados* consiste en que la modernización y liberalización de los mercados internos facilite el flujo de la IED y en donde las disposiciones sustantivas en los AIIIs en materia de DII, se convierten en elementos para la promoción de IED. Brasil e Irlanda son considerados como 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 está vinculado al éxito económico interno. Por lo pronto Brasil ha firmado una serie de TBIs, pero curiosamente no ha ratificado ninguno.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Ver: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/australian-fta>

¹⁴¹ Para ver con mas detalle la noción de “guardian” en este contexto, consultar: FRANCK, Susan (2005); *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through inconsistent Decisions*; En: Fordham Law Review; Vol. 73; p. 1585 -1591

¹⁴² Cf. AMIRFAR, Catherine; DREYER, Elise (2007); *Thirteen Years of Nafta’s Chapter 11: The Criticisms, the United State’s Responses and Lessons Learned*; En: New York International Law Review, Winter 2007; 20 N.Y. Int’L. Rev. p. 39.

¹⁴³ Cf. FRANCK, Susan (2007); *Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law*; p. 359.

¹⁴⁴ *Ibid.* ; p. 362 – 363.

Pero tanto Brasil como Irlanda sirven como ejemplo para graficar lo que ha observado la UNCTAD, en el sentido que en ambos casos se puede advertir que la existencia de TBIs donde dichos países son parte, 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, 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.¹⁴⁵

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

Dependiendo de cual sea el modelo adoptado en la definición de los AII, no cabe duda que una de las más importantes estructuras jurídicas de balance en este contexto de globalización y transnacionalización económico-jurídica, es el arbitraje entre inversionistas y Estados. 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, sean éstos Estados o particulares y creando condiciones favorables para la seguridad jurídico-económica de dichos flujos mediante la internacionalización de dichas relaciones.¹⁴⁶

Lo que, en términos generales y como hemos visto, dependiendo del modelo adoptado y de los contenidos del marco jurídico establecido en el respectivo AII, permite a un inversionista originalmente sometido a los tribunales nacionales del territorio del Estado receptor, iniciar un arbitraje en forma directa contra dicho Estado.¹⁴⁷ Esto incluso es posible de ser llevado a cabo ante un foro arbitral internacional. En consecuencia, en el marco del actual DII, se abren espacios para la gestión deslocalizada¹⁴⁸ de conflictos inversionista-Estado por la vía arbitral, usando modelos provenientes del arbitraje comercial, tal como éste fue gestado en las ferias europeas entre los siglos XI y XIII, bajo la forma de los célebres *Piepowder Courts*.¹⁴⁹

El inversionista puede iniciar el arbitraje, sin necesidad de tener que recurrir a los medios tradicionales de protección jurídica internacional e incluso sin necesidad de agotar las vías internas previas de solución de controversias ante el Estado receptor de la inversión. Generalmente se debe de tratar de una inversión extranjera “cubierta” por un AII, cumpliendo además los requisitos establecidos en dicho AII, como pueden ser: encontrarse bajo el ámbito de aplicación del AII, que se trate de un inversionista “de la otra parte”, que se trate de una inversión, entre otros.

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

¹⁴⁵ *Ibid.* ; p. 364.

¹⁴⁶ Ello, debido a una serie de factores “democratizadores” de la solución de controversias por la vía arbitral, por contraste con lo que es recurrir a la jurisdicción estatal, a lo que se suman algunas características adicionales como la flexibilidad, menor formalidad, racionalidad económica, entre otras.

¹⁴⁷ Ver: SCHREUER, Christoph (2006); *Consent to Arbitration*; En: http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/?page_id=8

¹⁴⁸ Cf. FARHAN AL Farhan (2002); The procedural law applicable to arbitration: The Seat Theory & the Delocalisation Theory; En: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/international-commercial-arbitration2002the-procedural-law-applicable-to-arbitrationthe-seat.pdf>, consultada octubre 2014.

¹⁴⁹ Cf. EWART; *Ibid.*

Diversas fuentes doctrinarias coinciden en el sentido 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.¹⁵⁰ Las otras opciones para resolver este tipo de conflictos, se encuentran hoy prácticamente en desuso y 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 o; d). Que el inversionista active el endoso¹⁵¹ de la reclamación del inversionista mediante la reclamación diplomática, a efectos que su Estado lleve a cabo las acciones del caso en contra del Estado infractor.¹⁵² 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 los Estados Unidos de Norteamérica.

La última opción es inaceptable y en los otros casos encontramos las limitaciones técnicas propias¹⁵³ 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,¹⁵⁴ a lo que se suma el hecho que el endoso implica que el Estado se subroga en el lugar y derechos de su ciudadano, por razón de nacionalidad e intereses nacionales. De donde 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.¹⁵⁵

De otro lado y como se aprecia 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.¹⁵⁶ Es decir, la jurisdicción estatal es de alcance intrafronterizo, siendo imposible de adaptar a las realidades transaccionales internacionales. En todo caso, la aplicación de dicha jurisdicción 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

¹⁵⁰ Lo que abunda a favor de la teoría de la deslocalización del arbitraje. Ver: AL FARHAN, Farhan (2002); *op. cit.*

¹⁵¹ Como resolvió la Corte Permanente de Justicia en el caso de las Concesiones Palestinas Mavrommatis, siguiendo la doctrina de Emer 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, Alireza (2007); *The International Minimum Standard of Treatment of Foreign Investors Property: A Contingent Standard.*; En: Suffolk Transnational Law Review; 30 Suffolk Transnat'l L. Rev. 317; p. 322.

¹⁵² Cf. SHAW, Malcolm; *Ibid.*; 562-563.

¹⁵³ 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 donde surge la necesidad de promover la eficiencia y perfeccionamiento de los vasos comunicantes que existen entre todos estos medios y la actividad jurisdiccional del Estado, a fin de asegurar consolidar en la práctica el ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales del Estado y la competitividad de las economías nacionales en el ámbito internacional.

¹⁵⁴ Cf. SHAW, Malcolm; *Ibid.*

¹⁵⁵ Cf. FALSAFI; *Ibid.*

¹⁵⁶ Cf. CALLIESS, Graf-Peter; *Ibid.*

y solución de conflictos comerciales privados o de tipo patrimonial, de alcance intra o transfronterizo. En consecuencia, ante las necesidades derivadas de los flujos transnacionales y de los nuevos modelos de contratación internacional, se puede verificar que hoy sea 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;¹⁵⁷ muchas de ellas de alcance global y como parte del fenómeno de proliferación de competencias o foros internacionales que comprende la última globalización.¹⁵⁸

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.¹⁵⁹

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.

Es así como en la gama de posibilidades que existen en materia de gestión de conflictos, se incluye la alternativa 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.

3.3.2.1. Lo público, la soberanía y sus riesgos

Dentro de la concepción moderna del Estado de Derecho, la soberanía estatal entraña la plena libertad del ejercicio del poder proveniente de una colectividad autodelimitada 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,¹⁶⁰ ante la eventual ocurrencia de cambios bruscos de circunstancias¹⁶¹ o debido a

¹⁵⁷ Cf. WEINBERG, Karyn (1994); *Equity in International Arbitration: How Fair is “Fair”? A Study of Lex Mercatoria and Amiable Composition*. En: Boston University International Law Journal; 12 B.U.Int'l L.J.227.

¹⁵⁸ Ver el Proyecto sobre Tribunales Internacionales de la Universidad de Nueva York y de la Universidad de Londres en: <http://www.pict-pcti.org>; ver además: ROMANO P.R. Cesare (1999); *The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle*; En: International Law and Politics; New York University; p.p. 709 y s.s.

¹⁵⁹ Cf. WÄLDE, Thomas (2004); *The Umbrella (or Sanctity of Contract/Pacta Sunt Servando) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases*; En: Transnational Dispute Management, Vol 1 – Issue 4, October 2004; p. p. 1 – 87. Ver además: PETERSMANN; *Ibid.*

¹⁶⁰ Cf. GANTZ, David A. (2004); *The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States – Chile Free Trade Agreement*; En: American University International Law Review; 19 Am. U. Int'l. Rev. 679; p. 683.

¹⁶¹ Precisamente los instrumentos jurídicos de los que se vale el DII, sirven para prevenir los cambios de circunstancias abruptos, precisando las consecuencias que ello tiene en términos de responsabilidad del Estado y “estabilizando” 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.

diversos tipos de amenazas internas o externas que demanden el uso del poder para la tutela del llamado interés público.¹⁶²

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.¹⁶³ Si esto se materializa en una decisión, las consecuencias de la misma generarán un costo o incluso un sobre costo 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 bajos niveles de institucionalización jurídico-económica y alta incertidumbre.

En consecuencia, los factores de riesgo antes mencionados, tienden a incrementarse si la estructura institucional y jurídica internas carecen de la robustez, estabilidad y predictibilidad necesarias. Lo que se agrava cuando dichas estructuras no ofrecen “pesos y contrapesos” en los procesos de toma de decisión, ante la fragilidad e inconsistencia institucional. Esto también se agrava 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.

3.3.2.2. La estructura trilateral de relaciones en el DII

Las decisiones soberanas configuran una parte importante del riesgo político, el mismo que se percibe por parte de los inversionistas 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 las mismas y en los mercados globales. De donde 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 económicas¹⁶⁴ 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.¹⁶⁵ Sin embargo y como es obvio, esta interacción trilateral demanda seguridad jurídica, estabilidad, predictibilidad y por ende, racionalidad jurídico-económica.

¹⁶² CHENG; *Ibid.*

¹⁶³ Otra de las características de la última globalización y de las tecnologías actualmente 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, etc. 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 mas poder que algunos estados, por el solo hecho de acopiar y administrar información para tomar acciones estratégicas. Es el caso, por ejemplo, de diversas Organizaciones No Gubernamentales, entre otros.

¹⁶⁴ 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, pero de otro lado, también contienen disposiciones para la solución de controversias entre inversionistas y Estados, en donde 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, mientras que en el CIADI se limita la protección diplomática, conforme el Artículo 27 de la Convención de Washington, durante el tiempo que dure el arbitraje.

¹⁶⁵ UNCTAD (2003); Train for Trade; DITE/UNCTAD; Sección 1, Alcance de los Acuerdos Internacionales en materia de Inversión; p. 8.

Es evidente entonces que frente a los lógicos riesgos que derivan del potencial ejercicio del poder omnímodo y soberano del Estado, es pertinente contar con las garantías jurídicas e institucionales que hagan posible 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.¹⁶⁶

Para tal efecto y como una parte de la estrategia integral en materia de inversiones, hoy se recurre al DII y por ende, a la racionalización económico-jurídica de la mencionada estructura relacional trilateral. Esta 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 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; por ejemplo, la violación de derechos sustantivos en el marco del DII, 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, que consiste en captar inversiones para el desarrollo económico.¹⁶⁷

Adicionalmente, cabe destacar que los AIIs 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 AIIs 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 TLCs 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 en el tratamiento de las controversias entre Estados¹⁶⁸ derivadas de inversiones, a lo que regionalmente se agrega la extinción o transformación gradual de la Doctrina Calvo en la región de América Latina;¹⁶⁹ 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 a las últimas tendencias en materia de DII, en lo referido a la solución de controversias y dependiendo del modelo o concepción jurídica bajo la cual se establecen los regímenes de tratamiento a la inversión, tanto en los ámbitos locales como regionales. De otro lado, los casos

¹⁶⁶ Cf. TRACHTMAN; *Ibid*.

¹⁶⁷ Cf. HONG Lin Yu (2005); *Explore the Void: An Evaluation of Arbitration Theories*; En: International Arbitration Law Review; Int. A.L.R. 2005, 8(1); 14 – 22.

¹⁶⁸ Sobre la historia de la solución pacífica de controversias entre estados: DONNER, Ruth (1999); *The Procedure of International Conciliation: Some Historical Aspects*. En: Journal of the History of International Law 1, Kluwer Law International, Neatherlands; p. p. 103-124.

¹⁶⁹ Cf. CREMADES, Bernardo (2004); *Disputes Arising out of Foreign Direct Investment in Latin America. A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues*; En: Dispute Resolution Journal, May – July 2004; p. p. 78 y sgts

antes mencionados de conflicto Estado – Estado, son los únicos que han sido resueltos en la Corte Internacional, en materias relacionadas a inversiones y protección diplomática, no existiendo otros antecedentes al respecto.¹⁷⁰

4.1. Evolución histórica de los AIIs 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.¹⁷¹ Una vez verificada la protección diplomática y por la vía del endoso,¹⁷² el mismo Estado hace suya la reclamación del inversionista.¹⁷³

Esto, con la finalidad de recurrir al foro arbitral correspondiente o con la finalidad de buscar soluciones políticas o diplomáticas que pongan fin a la controversia.¹⁷⁴ Como se ha señalado anteriormente, esta estructura pasa por el interés soberano del Estado a efectos de brindar la protección del caso al ciudadano de su nacionalidad. A lo que se suma la necesidad que dicho ciudadano solicite oportunamente la protección diplomática que le corresponde, en el ejercicio de sus derechos como nacional al cual solicita la protección.¹⁷⁵

Esta concepción jurídica de la figura del endoso, a partir de un acto de soberanía estatal y la eventual resistencia de los Estados para proporcionar protección diplomática y representar los intereses de sus nacionales o para subrogarse en la posición de éstos mediante el endoso, pasó a convertirse en la mayor motivación para el desarrollo de los AIIs; en especial, de los TBIs, cosa que ocurrió a partir de los años 70 y 80 del siglo pasado. Se configuran 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 AIIs, en plena etapa inicial de la última globalización;¹⁷⁶ reiteramos, siempre que el modelo adoptado así lo disponga.

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. Es por esto que 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.¹⁷⁷

¹⁷⁰ Cf. BJORKLUND, Andrea (2005); *Reconciling State Sovereignty and Investor Protection in Denial of Justice Claims*; En: Virginia Journal of International Law; Vol. 45:4; p. 818.

¹⁷¹ Resulta de interés para el Perú, el Caso Canevaro, ocurrido a fines del S.XIX y principios del S.XX, entre Perú e Italia; citado en: Revista CARETAS (2001); *El Caso Canevaro*; Revista No. 1660, Lima – Perú;

¹⁷² Cf. RAMACCIOTTI, Beatriz (1990), Estudios de Derecho Internacional, Instituto Peruano de Relaciones internacionales. Gráfica Nuevo Mundo, Lima, Perú; p. 73 y sgts.

¹⁷³ Pero bajo este esquema, la protección estatal se ha basado consuetudinaria en el derecho a la protección diplomática y no en la tutela estatal a partir del Derecho Internacional de las Inversiones.

¹⁷⁴ Cf. WILTSE, Jessica (2003); *An Investor State Dispute Mechanism in the Free Trade Area of the Americas: Lessons from NAFTA Chapter 11*; En: Buffalo Law Review; 51 Buff. L. Rev. 1145; p. 1152.

¹⁷⁵ El Estado se encuentra en libertad (soberana) de proceder al endoso y, de 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; *Ibid.*

¹⁷⁶ Cf. WILTSE; *Ibid.*; p. 1151.

¹⁷⁷ Cf. BJORKLUND; *Ob. cit.*; PAULSSON, Jan (2005); *Denial of Justice in International Law*; Cambridge University Press.

4.1.1. Importancia del Tratado *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 los EE.UU., 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 en la forma en que hoy lo hace un AII; es decir, un TBI o un TLC de última generación.¹⁷⁸

Cabe destacar en este punto que, en esencia, los TLCs contemporáneos incorporan en el respectivo capítulo de inversiones¹⁷⁹ la estructura propia de un TBI y de los medios de gestión de conflictos que correspondan, incluyendo el arbitraje inversionista – Estado. Bajo 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;¹⁸⁰ 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 EE.UU. procedió a la ratificación de 23 Tratados de Libre Comercio y Navegación; cosa que se extendió hasta el año 1966, reeditando de esta manera la tradición del Tratado *Jay*, celebrado con el Reino Unido durante los tiempos post coloniales.¹⁸¹ El Tratado *Jay* incorporó por primera vez y 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.¹⁸²

Claro que la experiencia del Tratado *Jay*, aunque definido como “venial” por *Thomas Jefferson*, corresponde a una época específica, propia de hace más de 200 años. En 1794, el negociador americano *John Jay*¹⁸³ generó facilidades en el marco de los acuerdos de amistad, comercio y navegación, para que los acreedores británicos, en tiempos de la descolonización norteamericana, recurran a la vía arbitral para resolver disputas derivadas de usurpaciones de patrimonio, una vez concluida la guerra de la independencia.

¹⁷⁸ Cf. SALACUSE, Jeswald; SULLIVAN, Nicholas (2005); *Do BITS really work?: An evaluation of Bilateral Investment Treaties and their grand Bargain*; En: Harvard International Law Journal; 46 Harv. Int'l L.J.67; p. 75

¹⁷⁹ Nos referimos, por ejemplo, al Capítulo 11 del NAFTA, al capítulo correspondiente del TLC Chile – EE.UU o al capítulo correspondiente del TLC CAFTA – EE.UU.

¹⁸⁰ Cf. MANNING – CABROL, Denise (1995); *The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors*; En: Law and Policy in International Business; Symposium: The United States and Transition Economies: Legal and Business Strategies for Public and Private Success; 26 Law & Pol'y Int'l Bus. 1169

¹⁸¹ La ratificación de dichos tratados no fue pacífica en EE.UU; como señala 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.”; Ver: ALFORD, Roger P. (2003); *The American Influence on International Arbitration*; En: Ohio State Journal on Dispute Resolution; 19 Ohio St. J. on Disp. Resolution. 69.; p. 72.

¹⁸² Cf. TIETJE, Christian (2003); *Grundstrukturen und aktuelle Entwicklungen des Rechts der Beilegung internationaler Investitionsstreitigkeiten*; En: Arbeitspapiere aus dem Institut für Wirtschaftsrecht, Martin Luther Universität, Halle – Wittenberg; Heft 10; p. 5.

¹⁸³ En su oportunidad, presidente de la Corte Suprema de los EE.UU

En aquella época los EE.UU. eran una nación “subdesarrollada”, emergente, deudora. Adicionalmente, las políticas de Estado de los EE.UU. se encontraban orientadas por los principios del nacionalismo económico.¹⁸⁴ La alternativa tremendamente onerosa hubiera sido nuevamente la guerra o el uso de otros medios tradicionales. El testimonio histórico que se puede recoger a partir de la negociación y aplicación del Tratado Jay constituye sin duda una clave para entender cómo es que 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 dichos procesos históricos. Nótese que el surgimiento del CIADI un siglo y medio más tarde que el Tratado *Jay*, se registra precisamente en tiempos de la última descolonización, posterior a la Segunda Guerra Mundial.

4.1.2. La relevancia de la Post 2da Guerra para el DII y el modelo *Abs-Shawcross*

En efecto, la “primera etapa de desarrollo de los AII”, cuyo antecedente fue el Tratado Jay, no se caracterizó por una expansión significativa de este tipo de tratados para EE.UU. Posteriormente y luego de la Segunda Guerra Mundial, son los países europeos los que toman la iniciativa, dando lugar a lo que Salacuse denomina como la “segunda etapa de desarrollo de los AII”. Esta se intercala con la primera etapa, en la década de los años cincuenta.¹⁸⁵ En este caso una de las motivaciones históricas para la negociación y ratificación de TBIs, 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 éstas, concentradas en actividades primarias de extracción y comercialización de materias primas.

Adicionalmente y como consecuencia de la guerra mundial, los “perdedores” y sus ex 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 el Tratado *Jay*, como el CIADI o ICSID, surgen en momentos diferentes de “descolonización”, mientras que la génesis de los TBIs 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.

4.1.2.1. El modelo Europeo de AII.

De otro lado y 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, procediendo luego a firmar una serie de acuerdos similares con otros países en vías de desarrollo. Hoy sigue siendo el país Europeo con mayor volumen de TBIs.¹⁸⁶ 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

¹⁸⁴ Cf. AGUILAR ALVAREZ, Guillermo; PARK, William (2003); *The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11*; En: *Yale Journal of International Law*, Summer 2003, p. 266.

¹⁸⁵ Cf. SALACUSE; *Ibid.*

¹⁸⁶ UNCTAD (2006); IIA Monitor, *International Investment Agreements*; *Ibid.*

contenidos en el AII.¹⁸⁷ Adicionalmente, Newcombe y Paradell informan que recién a partir de 1968 se incorpora el arbitraje en inversiones en un TBI, pues antes de esa fecha, los TBIs solo contenían reglas para la solución de controversias entre estados, identificando que el primer TBI que incorporó el arbitraje inversionista-estado fue el que celebraron Indonesia y los Países Bajos en dicho año.¹⁸⁸

También en los años cincuenta, en materia de DII, 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, 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.¹⁸⁹

Hacia la década de los años 70, los países europeos ya habían firmado cerca de 170 TBIs;¹⁹⁰ la gran mayoría de éstos con sus propias ex colonias. Una serie de factores han sido identificados como promotores de la expansión de los AII y, en especial, de los TBIs europeos de la post Segunda Guerra Mundial. Esto contrasta con la no expansión de los acuerdos promovidos por EE.UU., correspondientes a la primera etapa antes descrita. Desde la doctrina del DII se sostiene que los acuerdos europeos de la llamada segunda etapa, eran menos exigentes y más flexibles, aunque históricamente se dieron en medio de la última descolonización, surgiendo así 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, la protección respecto de las expropiaciones, entre otros factores, destacando su mejor adaptación a los tiempos de descolonización del período histórico respectivo.

4.1.2.2. El relanzamiento del modelo EE.UU. de AII y el NAFTA como telón de fondo

El éxito del modelo europeo determinó que finalmente en 1981, los EE.UU. lanzaran un nuevo programa de desarrollo de TBIs, tomando en cuenta la experiencia europea en la materia y la coyuntura internacional de la época.¹⁹¹ Dicho programa ha sido renovado en dos oportunidades,¹⁹² una en el año 1994 y la otra en el año 2004, mediante el perfeccionamiento del respectivo modelo de TBI de los EE.UU.¹⁹³ En esta última renovación del modelo, resulta

¹⁸⁷ Cf. WÄLDE, *Ibid.*

¹⁸⁸ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís (2009); *Law and Practice of Investment Treaties*; Kluwer Law International; p. 44.

¹⁸⁹ Cf. LOWE; *Ibid.* ; p. 12 – 14.

¹⁹⁰ Cf. SALACUSE; *Ibid.*

¹⁹¹ *Ibid.*; p. 74

¹⁹² Es pertinente señalar que esta iniciativa se complementa en EE.UU. con la ley especializada correspondiente. En la actualidad, The Trade Act 2002, que fija los objetivos para las negociaciones internacionales que llevan a cabo los EE.UU., los mismos que sirven de guía a los negociadores americanos desde agosto de 2002, en las negociaciones del TLC con Chile, Singapur y en la OMC, incluyendo las negociaciones del TLC con los Países Andinos y el CAFTA. Estos objetivos establecen la necesidad de que exista un balance entre la posibilidad de que los inversionistas americanos puedan recurrir directamente al arbitraje entre inversionistas y Estados, pero de otro lado, señala la necesidad de que se protejan los intereses de los EE.UU., como potencial demandado en estos escenarios. Cf. GANTZ; *Ibid.* ; p. 705.

¹⁹³ *Ibid.* ; p. 690.

innegable la influencia que ha tenido la experiencia en la aplicación práctica del capítulo XI de inversiones del NAFTA.

En septiembre de 2004, los EE.UU. ya habían firmado 45 TBI's.¹⁹⁴ A su vez, un fenómeno reciente es el que concierne a la exportación de capitales por parte de países no occidentales, procediendo también éstos a negociar TBIs en forma creciente. Es así como en 1997, Japón ya había firmado 4 TBI's y Kuwait había firmado 22.¹⁹⁵ Por su parte, UNCTAD informa que la República Popular China ha suscrito 130 TBIs, de los cuales 106 están en vigencia, además de 17 AII's, de los cuales 15 están en vigencia.¹⁹⁶ La última modalidad de incorporación de reglas de Derecho Internacional de las Inversiones es la que se produce en el caso de los TLCs de última generación.

Entender entonces al arbitraje entre inversionistas y Estados establecido en el marco de los AII's, solo se posible 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 TBIs y TLCs, 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 que los Estados puedan ser demandados ante tribunales arbitrales internacionales por los interesados que actúen de conformidad con lo establecido en un AII. Así se está creando paulatinamente un nuevo estándar internacional.¹⁹⁷ 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;¹⁹⁸ en particular, desde el año 1968 que es cuando se incorporó por primera vez el arbitraje entre estados e inversionistas en un TBI.

En esencia, la *ratio legis* del capítulo de inversiones en un TLC de última generación,¹⁹⁹ 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 mas favorecida,²⁰⁰ el trato justo y equitativo, la protección y

¹⁹⁴ Por contraste, Cuba mantiene una agresiva política de desarrollo de TBIs, habiendo negociado en los años 90 mas de 40 TBIs; En: PEREZ L., Jorge; TRAVIESO D., Matias (2001); *The Contribution of BITS to Cuba's Foreign Investment Program*; En *Law and Policy in International Business*; p. 570

¹⁹⁵ Cf. SALACUSE; *Ibid.*

¹⁹⁶ Ver: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/IiasByCountry#iiaInnerMenu>

¹⁹⁷ Cf. TIETJE; *Ibid.* ; p. 17.

¹⁹⁸ 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 en este punto 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, la aplicación de la Convención depende del consentimiento manifestado por las partes en un Acuerdo Internacional de Inversiones o en un convenio arbitral especial y sus estipulaciones. De 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*"; En: UNCTAD (2003); *Course on Dispute Settlement, International Centre for the Settlement of Investment Disputes*; 2.1. Overview; UNCTAD/EDM/Misc.232; p. 11.

¹⁹⁹ Además del capítulo de inversiones, los TLCs 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.

²⁰⁰ Ver el caso Maffezini, respecto de la aplicación de este principio al arbitraje entre inversionistas y Estados; En:

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.²⁰¹

El segundo propósito, no menos importante, consiste en que 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 se produzca una violación a las reglas sustantivas del AII.

4.2. Inversión cubierta y arbitrabilidad en el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – EE.UU.

El APC²⁰² contiene en su capítulo X sobre inversiones las disposiciones sobre DII que obligan a las partes (Estados) del tratado. Estas comprenden la sección 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 lo que se suma una sección C sobre definiciones. A continuación y en los siguientes puntos, se hará una presentación resumida de las diversas disciplinas de DII contenidas en el APC, las mismas que corresponden a su vez al estado actual de evolución del DII, como correlato de la evolución histórica reseñada líneas arriba.

De otro lado, 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 AIIs.

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 al tema de 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.²⁰³

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.²⁰⁴ Es usual que los AIIs contengan reglas sobre el

http://ita.law.uvic.ca/documents/Maffezini-Jurisdiction-English_001.pdf

²⁰¹ Cf. GANTZ; *Ibid.*

²⁰² Por Acuerdo de Promoción Comercial o TLC Perú – EE.UU.

²⁰³ ROBERT; *Ibid.*

²⁰⁴ Los tribunales arbitrales que resuelven controversias en el ámbito de los AIIs 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 AIIs 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. Ver: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/DocumentsMain.jsp>

ámbito de aplicación. Estas suelen estar referidas 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.

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 formalmente 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, incidiendo así 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 AIIs, consiste en tratar de demostrar que la controversia deriva de una inversión “no cubierta”, ya sea por no encontrarse ésta tipificada en el AII o porque cronológicamente la controversia 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. Es así como 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 a su vez remite al Artículo 10.28 de la sección C que se ha citado anteriormente:

inversión cubierta: significa, con respecto a una Parte,²⁰⁵ 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.²⁰⁶ 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.

De otro lado, 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 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 donde se analiza la problemática en materia de 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 el arbitraje sea en ICSID. Queda claro también que una persona jurídica tiene que haber sido constituida en el territorio de

²⁰⁵ Se refiere a la parte Estado, que es parte en el tratado (APC) debidamente ratificado.

²⁰⁶ ROBERT; *Ibid.*

un Estado parte para encontrarse bajo el ámbito de aplicación del APC. Aún así, hay una gama de matices que por razones de espacio resulta ocioso detallar. Algunos casos arbitrales han brindado mayores luces respecto de estos temas. Por ejemplo, el caso *MINE* con Guinea; el caso *CSOB* con Eslovaquia, el caso *Cable Televisión* con St. Kittis and Nevis, el caso *Vacuum Salt* con Ghana y otros.²⁰⁷

El caso más reciente es el *Waguih Elie George Siag* y otro contra Egipto, que ha sido resuelto en lo que concierne a la competencia de los árbitros y donde hay un voto parcial en discordia del Dr. Orrego Vicuña, que analiza justamente la problemática de la nacionalidad de los demandantes.²⁰⁸ Un muy controvertido caso anterior, también reciente, es el *Tokios Tokeles* contra Ucrania, del año 2004 y donde el presidente del Tribunal Arbitral, el profesor Prosper Weil, renunció debido a una seria discrepancia respecto de este tema con los demás árbitros,²⁰⁹ sosteniendo el renunciante 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 ninguno de los medios de solución de conflictos tipificados por la sección B del capítulo X; en suma, tampoco sería arbitrable.

4.2.1. Conceptos de excepción al de “inversión cubierta” que concurren en el capítulo X del APC.

4.2.1.1. Medidas Disconformes

Adicionalmente al concepto de inversión cubierta cabe tomar en cuenta el efecto de las medidas disconformes²¹⁰ a que se refiere el Artículo 10.13 del capítulo X. Dichas medidas han sido listadas en el Anexo I del APC,²¹¹ 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.²¹² 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 las autoridades peruanas le prohibieran legítimamente ser propietario de terrenos en zona de frontera.

²⁰⁷ Cf. UNCTAD (2003); Course on Dispute Settlement; ICSID, 2.4. Requirements Rationae Personae; United Nations; New York and Geneva; p. p. 1 – 33.

²⁰⁸ *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction, April 11, 2007, a ser publicado en: <http://www.iisd.org/investment/itn/documents.asp>

²⁰⁹ Ver: http://www.iisd.org/pdf/2004/investment_investsd_june11_2004.pdf

²¹⁰ De conformidad con el diccionario comercial de la Organización de Estados Americanos; OEA: *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

²¹¹ La relación de medidas disconformes listadas por el Perú y Estados Unidos pueden consultarse acá:

http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=55&Itemid=78

²¹² *Ibid.*

4.2.1.2. 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 prerequisite es que la medida de protección ambiental debe ser compatible con el capítulo X, pero se fundamentará en la 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.

4.2.1.3. 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 detallados en el artículo, encontramos el de la nacionalidad de los propietarios de una empresa así ésta 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 es el de la relevancia de las actividades comerciales, entre otros. El artículo permite contar con mayor precisión para identificar a los que efectivamente tienen derecho a los beneficios del APC, incluyendo la posibilidad de recurrir a los correspondientes medios de solución de controversias previstos en la sección B del capítulo X.

4.2.1.4. 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 medioambiente.*

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.²¹³

²¹³ 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 del acuerdo reciente producido por ejemplo entre demócratas y republicanos en los EE.UU, en lo referente a los AII. Ver: KUNDMÜLLER, Franz (2007); USA: Acuerdan Nuevas Políticas para los TLC; En: Blog Globalaw; <http://blog.pucp.edu.pe/item/9730>; se cita a continuación: *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 (...)*; visitado en octubre 2014.

Mientras 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, tenemos de otro lado que 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 ya se ha adelantado, en cuanto a los temas referidos a asuntos sustantivos sobre DII que requieren hoy 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 mas favorecida, el estándar mínimo de trato: trato justo y equitativo, la protección y seguridad plenas, el 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 TBIs en los años 50 del siglo XX, pasando por el NAFTA y por los AII posteriores al NAFTA.

Si extendemos un poco el análisis y nos remitimos a lo ya explicado líneas arriba, 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.²¹⁴

4.3.1. Régimen de Transferencias, Requisitos de Desempeño y designación de Ejecutivos.

El APC Perú – EE.UU. 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 tipifica los casos en los que se puede establecer prohibiciones a las transferencias. En todo caso, ello debe de corresponder a *la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes relacionadas* a 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 dicho trato debe ser no menos favorable que el que recibe un nacional. A esto se suma la condición de circunstancias similares que determinan que cosa es lo favorable y de donde fluye que la clave para calificar el trato nacional radica en la forma como 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, como por ejemplo ha ocurrido en diversos Tribunales Arbitrales, como es el caso Feldman con México, el caso Occidental con Ecuador o en NAFTA, el caso S.D.Myers con Canadá y el caso

²¹⁴ Ver: SALACUSE, *Ibid.*; p. 75.

Gami con México,²¹⁵ con lo que se puede apreciar que 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.²¹⁶

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, a efectos de prevenir la inequidad en el tratamiento de nacionales y extranjeros, a partir de las diferencias de escala y asimetrías antes descritas.

En todo caso, bajo el modelo de regulación negativo de los AII, en lo referente al trato nacional, queda prohibido brindar al inversionista un trato que no sea equivalente o no menos favorable al trato que reciben los nacionales.²¹⁷

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. De otro lado, en el ámbito de la legislación peruana, prevalece el principio de igualdad de trato para nacionales y extranjeros en materia económica.

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 contengan disposiciones redactadas con mayor precisión. Así se evitaría que en futuros arbitrajes los tribunales arbitrales tengan que referirse a laudos inconsistentes entre sí, como los recaídos en los casos *Maffezini*, *Tecmed*, *Salini* y *Palma*, que han sido materia de análisis y reflexión por parte de diversos especialistas.²¹⁸

Por ejemplo, el Anexo III del Modelo de TBI de Canadá 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, excluyendo dichos tratados previos, como base para aplicar los beneficios que reconoce la cláusula en mención.²¹⁹

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, debiendo ello estar regulado en los respectivos AII.²²⁰

El Artículo 10.5. sobre cláusula de la nación más favorecida en el Capítulo X del APC contiene una nota a pie de página que excluye de manera expresa del ámbito de aplicación del artículo de la referencia a la aplicación de los medios de solución de controversias por esta vía, con lo que

²¹⁵ Ver: DOLZER, Rudolf, (2005) National Treatment: New Developments; Symposium co organized by ICSID and UNCTAD, publicación de OECD.; en:

<http://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/36055356.pdf>

²¹⁶ Cf. UNCTAD; *Ibid.*

²¹⁷ Cf. ROBBINS, Joshua; *Ibid.*; p. 420.

²¹⁸ FRANCK, Susan (2005); *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through inconsistent Decisions*; En: Fordham Law Review; Vol. 73; *ibid.*

²¹⁹ Cf. UNCTAD *Ibid.*; p. 59.

²²⁰ Cf. ROBBINS, Joshua; *Ibid.*

se ha tomado en cuenta la casuística arbitral; en particular, el caso *Maffezzini*, donde 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 demuestra como 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 que exista relación entre las partes involucradas. En ese sentido, la cláusula de la nación más favorecida es una expresión del Derecho Transnacional, a partir del efecto homogenizador que puede generar.²²¹

4.3.4. Estándar mínimo de Trato

4.3.4.1. 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 1948.²²² De 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 del tratado, ente facultado por el mismo tratado para pronunciarse al respecto, el mismo que estableció que la expresión estándar mínimo de trato de conformidad con el Derecho Internacional, recogida en el Artículo 1105(1) del Capítulo de inversiones, se debía interpretar de la siguiente manera:²²³

1. El Artículo 1105(1) establece que el Derecho Internacional Consuetudinario²²⁴ 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).
2. El concepto de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas”, no requieren de 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.

²²¹ Cf. CONE, Sydney (2005); *The Promotion of Free Trade Areas viewed in Terms of Most favores Nation Treatment and “Imperial Preference”*; En: Michigan Journal of International Law; 26 Mich. J. Int'l L. 563.

²²² Sobre la evolución del principio, ver: OECD (2005); *International Investment Law: A Changing Landscape*; ISBN 92-64-01164-1; P. P. 73 – 125.

²²³ Según acuerdo de la Comisión de Libre Comercio del NAFTA del 31 de julio de 2001; Ver: <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-en.asp>

²²⁴ Para mayor claridad, cabe citar a Gantz, cuando formula algunos comentarios respecto del 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.”*; en: GANTZ; *Ibid.* ; p. 715.

3. Precisando que en el caso se haya producido 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).

Como era de esperar, el tratamiento jurisprudencial e institucional de estos temas, también ha condicionado e influido en las negociaciones desarrolladas posteriormente, por ejemplo, tanto en el caso del TLC EE.UU. – Chile de 2004, como en el caso del TLC EE.UU. – Singapur de 2003 y en el caso de las negociaciones del CAFTA iniciadas en el año 2003 y del APC Perú – EE.UU de 2009., 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 AIIIs.²²⁵ Tanto el modelo de TBI de Canadá como el de USA establecen que el trato justo y equitativo así como la protección y seguridad plenas, no requieren de un tratamiento que vaya mas allá de los requerimientos establecidos por el Derecho Internacional Consuetudinario, en lo que respecta al estándar mínimo de trato a favor de los extranjeros, estableciendo en forma positiva que los inversionistas tendrán acceso a la Justicia en los términos que señala el Derecho Internacional Consuetudinario.²²⁶

Es así como en el capítulo X del APC Perú – USA, 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 que a su vez se encuentran reflejados en diversos casos en los que se han analizado estos temas por parte de la Corte Internacional, como el *Barcelona Traction*, el caso *Elsi* y otros²²⁷ ocurridos con anterioridad como el caso *Mavrommatis*.²²⁸

De otro lado, en el modelo de TBI de EE.UU. se ha adoptado una estructura de regulación que remite al Derecho Internacional Consuetudinario,²²⁹ confirmando así la relevancia del Derecho Internacional en el ámbito del DII y estableciendo que el trato justo y equitativo incluye la

²²⁵ Ver: OECD (2005); *International Investment Law: A changing Landscape; A Companion Volume to International Investment Perspectives*; ISBN92-64-01164-1; p. p. 73 – 125.

²²⁶ Cf. ROBBINS, Joshua (2006); p. 425.

²²⁷ Cf. BRUNO, Roberto (1997); *Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analysis*; En: <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/97/97-13.html>

²²⁸ Cf. FALSAFI; *Ibid.*

²²⁹ Se trata de 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 sostienen que la protección no debe de exceder dicho estándar y aquellos que hacen referencia al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en lo referente al Derecho Internacional Consuetudinario. En todo caso, se trata de conceptos a ser analizados caso por caso mediante el arbitraje internacional inversionista – Estado. Ver: FALSAFI; *Op. cit.*

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.²³⁰

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 lo que es la noción y los efectos de dicho concepto. En tal sentido, se ha podido identificar dos corrientes o tendencias. La primera que ha considerado que el concepto está mas allá del Derecho Internacional Consuetudinario y la otra, que considera que el concepto no debe extenderse mas allá de lo dispuesto en dicho Derecho,²³¹ estando a lo referido líneas arriba, tal como se aprecia en la regulación del concepto en el marco del APC.

4.3.4.2. 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 SXX. Por regla general, hoy se le asocia a la cláusula de trato justo y equitativo, precisándose también en el caso de la protección y seguridad plenas, al igual que en lo referente al trato justo y equitativo, que el inversionista no recibirá en este sentido un trato menor al establecido en el Derecho Internacional Consuetudinario.

En esencia se trata que los inversionistas reciban por parte del Estado las seguridades del caso, que demuestren que éste ha aplicado la debida diligencia ante 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 puede apreciar este criterio de debida diligencia aplicado por los respectivos tribunales. El primero en el ámbito inversionista – Estado, el segundo, en el ámbito de las relaciones entre Estados.²³²

De acuerdo con lo que señalan algunas fuentes doctrinarias, resulta complicado determinar el nivel de protección que debe proveer un Estado a efectos de garantizar la “debida diligencia” en cada caso.²³³ En el arbitraje *Agricultural Products Ltd.* antes referido, el tribunal arbitral dejó enunciadas dos posibles vías. La primera, 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 posibilidad, que en concepto del tribunal de *Agricultural Products Ltd.* estaría siendo descartada paulatinamente, es la de la aproximación subjetiva, basada en las relativamente limitadas capacidades de las autoridades locales en determinado contexto, a efectos de ofrecer protección y seguridad. Bajo esta perspectiva, cada caso debería ser evaluado en forma diferente.²³⁴ Otros casos que cabe traer a colación son el *Genin* con Estonia y *Olguin*

²³⁰ OECD *Ibid.*; p. 60.

²³¹ Cf. FALSAFI; p. p. 337 – 354.

²³² Cf. ROBBINS; p. 425 – 429.

²³³ Cf. FALSAFI; *Ibid.*

²³⁴ Cf. ROBBINS; *Ibid.* ; p. 428.

con Paraguay.²³⁵ En ambos casos 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, pero 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.

Otro caso que se suele citar con frecuencia es el caso *Loewen vs. EE.UU.*, en el marco del NAFTA, donde 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 produzca un laudo a su favor.²³⁶

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 cuando la medida obedezca a un propósito público, sea realizada 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.²³⁷

Otro ámbito que también merece atención es el que se refiere a las expropiaciones regulatorias o indirectas y a las notas interpretativas incorporadas a los AIIs luego de ser adoptadas por los entes competentes como la Comisión de Libre Comercio del NAFTA. En el primer caso, debe de existir un balance entre el derecho de un país a regular soberanamente su economía y el razonable interés comercial del inversionista.²³⁸ Conviene destacar en este punto que tanto el modelo de TBI canadiense como el de USA, contienen novedosas reglas para facilitar este equilibrio.

En los dos modelos se utiliza anexos con listas detalladas que clarifican las actividades regulatorias de los estados, incluyendo diversos factores de evaluación como el impacto económico de la medida regulatoria, su posible interferencia con las expectativas del inversionista, entre otras.

En el caso del APC Perú – EE.UU., como se ha detallado líneas arriba, se incorporó un esquema similar, donde se hace referencia a la regulación que lleva a cabo el Estado. Esto está previsto en el Anexo 10 B del Capítulo X de inversiones, destacando 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.²³⁹

Es así como 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 medioambiente.*

²³⁵ Ver: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

²³⁶ Ver: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Loewen-Award-2.pdf>

²³⁷ Cf. NORTON, Patrick (1991); *A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation*. En: American Journal of International Law; 85 Am. J. Int'l. L. 474.

²³⁸ Ver: OECD (2004); *Indirect Expropriation and the Right to Regulate in international Investment Law*; Working Papers on international Investment Law, No. 2004/4, prepared by Catherine Yannaca-Small.

²³⁹ Ver: http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/images/stories/eeuu/espanol/Inversion_limpio.pdf

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 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, 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. De 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 la interpretación del tratado a llevarse a cabo por los entes especiales derivados de los AII, un antecedente interesante es el que se encuentra en el caso de la Comisión de Libre Comercio del NAFTA, la misma que produce interpretaciones del tratado, a efectos de clarificar los alcances de determinadas cláusulas, lo que armoniza perfectamente con los alcances de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.²⁴⁰

Una estructura similar ha sido recogida en el Capítulo XX del APC Perú – USA.²⁴¹ 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 siguiente Artículo 10.23 se establecen disposiciones adicionales respecto de las interpretaciones que haga la Comisión de Libre Comercio en lo que concierne a los anexos del APC. En consecuencia, la Comisión cuenta con atribuciones que van a influenciar el funcionamiento de los tribunales arbitrales que se constituyan de conformidad con la Sección B del capítulo X, contando así con una potencial 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 DC. 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 asignación de

²⁴⁰ UNCTAD; *Ibid.*; p. 60.

²⁴¹ Ver: <http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/images/stories/eeuu/espanol/Administracion.pdf>

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, así como en el caso de la China Continental y la India.

En la actualidad concurren 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 SXVII.

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 los países como el Perú, el hecho 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; en especial, ante el déficit de infraestructura que presenta el país.

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 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 aprecia la existencia de estructuras institucionales robustas.

Como se puede apreciar, el DII no presenta una evolución ordenada y homogénea, en un mundo donde la inversión ha crecido en un 2000 por ciento en menos de veinte años y ante la proliferación de AIIs, mostrando así un signo inequívoco que la última globalización en marcha apareja un proceso de internacionalización económica. Aún 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 ésta fuera aplicable. En los tiempos del mundo bipolar y con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, se constata el origen de la tendencia a vincular el desarrollo con las inversiones, habiéndose ello reflejado en diversos instrumentos jurídicos.

De otro lado, existe jurisprudencia arbitral reciente en la que se hace referencia a dicha vinculación, precisando 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.²⁴²

Esta tendencia, que hoy no constituye una corriente principal de pensamiento,²⁴³ es recogida a su vez en diversas fuentes y probablemente presente una tendencia a consolidarse en el tiempo.²⁴⁴ Los expertos en inversiones reunidos recientemente en Ginebra bajo el auspicio de la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo; UNCTAD, han destacado 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.²⁴⁵

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.²⁴⁶ La estructura que mejor y más nítidamente refleja esta concepción es la Convención CIADI. Le siguen los diversos AIIs que tienden a proliferar en la actualidad. El CIADI ofrece por primera vez y en los tiempos previos a la última globalización, un modelo formal para que un Estado arbitre con un particular mediante un arbitraje internacional donde éste 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 sobre 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 AIIs. La plantilla de dichas disciplinas sustantivas ha sido recogida en diversos TLCs 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, determinan 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.

²⁴² Es el criterio adoptado por el árbitro Michael Hwang, en el caso *Malaysian Historical Salvors Sdn contra Malasia*, que fue resuelto en mayo 2007 y que puede ser consultado acá: <http://ita.law.uvic.ca/documents/MHS-jurisdiction.pdf>; visitado octubre 2014.

²⁴³ Tal como en el plano operativo de la solución de conflictos inversionista – Estado, encontraremos que son muy pocos los casos en los que los Estados inician arbitrajes en contra de inversionistas extranjeros, no obstante poder hacerlo si mediase el respectivo consentimiento de las partes. Del mismo modo, se trata de un tipo de arbitraje donde generalmente son demandados los Estados del llamado Tercer Mundo o “en vías de desarrollo”. Cf. ODUMOSU, Ibironke (2007) ; *The Antinomies of the (continued) relevance of ICSID to the Third World*; En: San Diego International Law Journal; San Diego Int'l L. J.; 345; p. 358

²⁴⁴ Otro antecedente jurisprudencial que vincula el logro del desarrollo económico con las inversiones extranjeras, lo encontramos en el caso *AMCO Asia Corp. con Indonesia*, donde se citó el preámbulo de la Convención CIADI y su orientación a lograr satisfacer el interés de los países en vías de desarrollo, en lo concerniente a lograr su evolución económica y desarrollo; Cf. ODUMOSU; *Ibid*.

²⁴⁵ Ver: UNCTAD (2007); Report of the Expert Meeting on Development implications of International Investment Rulemaking; TD/B/COM.2/EM.21/3, 31 de Julio de 2007; p. p. 1 – 9.

²⁴⁶ Cf. ODUMOSU; *Ibid*.