

## La densidad de la última globalización y el arbitraje en las inversiones

Franz Kundmüller Caminiti\*

### 1. La densidad de la globalización

#### 1.1. Globalización, un viejo asunto de densidad

Entender los alcances de la globalización implica valorar su actual densidad e identificar los riesgos y oportunidades que derivan de sus múltiples facetas. Para tener una idea de la evolución de la densidad de la globalización, cabe referirse a la relación entre China y Europa, hoy tan en boga.

China y Europa, no obstante su distancia geográfica, estuvieron en conexión desde hace siglos. Esto fue posible gracias a la ancestral ruta de la seda. No cabe duda que luego de la extinción del bipolarismo durante el siglo pasado, esa conexión se ha intensificado radicalmente. Hoy sabemos que esta relación ha pasado por distintas etapas a lo largo de la historia.

En efecto, la ruta de la seda permitió el intercambio y la actividad comercial entre pueblos, mercaderes y nómadas. Esto consta en el valioso testimonio histórico del veneciano Marco Polo, que se remonta al lejano año de 1271.<sup>1</sup> En términos de dina-

---

\* Profesor de Arbitraje en las facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

<sup>1</sup> Antes de ello, hacia el año 100 d.C., se conforma la cultura de Gandhara, justamente en algún lugar de la ruta de la seda, en los alrededores del gran desierto de Taklimakan. La particularidad de esta cultura radica en que tempranamente asume 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. Ver WILD, Oliver. «The Silk Road». 1992. Consultada en septiembre de 2006. <<http://www.ess.uci.edu/~oliver/silk.html>>.

mismo comercial y generación de incentivos para la creación de estructuras jurídicas «autopoiéticas»,<sup>2</sup> aunque evidentemente en otra dimensión histórica, diversas fuentes coinciden en que los siglos XI y XII europeos son muy similares a los tiempos que corren a partir de la última parte del siglo XX.<sup>3</sup>

Esto se debe, entre otros factores, al incremento global del comercio y de las actividades transfronterizas de diverso tipo, lo que incentiva además la recreación contemporánea de la *Lex Mercatoria*.<sup>4</sup> Se aprecia entonces la relevancia de los usos y costumbres comerciales o de iniciativas de armonización jurídica como las que lidera el Instituto Internacional para la Uniformización del Derecho Privado —por sus siglas en francés, UNIDROIT—,<sup>5</sup> a lo que se suman las tareas que exitosamente lleva a cabo la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en diversos ámbitos —por sus siglas en inglés, UNCITRAL—,<sup>6</sup> y el rol relevante de la Cámara de Comercio Internacional —en adelante, CCI— y de la American Arbitration Association —en adelante, AAA—.<sup>7</sup> Estas y otras organizaciones han aportado significativamente al desarrollo del arbitraje en el ámbito internacional.<sup>8</sup>

Cabe referir otros factores adicionales como la conformación de estructuras y sistemas de «derecho blando» o *soft law*, la jurisprudencia arbitral internacional no vinculante o «soft jurisprudente», y muchas otras categorías jurídicas de carácter endógeno y autocontenido, que incluso se extienden a nivel «paraestatal» y no necesariamente son derecho positivo. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con los códigos de conducta, responsabilidad social, diversas guías y modelos de contratación de las empresas transnacionales, la aparición y consolidación de una gama de «estándares internacionales», la producción de estructuras jurídicas «cuasi soberanas» a partir de las iniciativas y decisiones de las organizaciones internacionales, entre otros.<sup>9</sup>

No obstante los más de siete siglos transcurridos desde la época del mercader veneciano, y siguiendo con el ejemplo planteado, no cabe duda que la conexión chino-

<sup>2</sup> Autopoiesis significa auto-organización. Ver CALLIESS, Galf-Peter. «Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide to an Autonomous Legal System». *German Law Journal*, vol. 2, 1 noviembre de 2001, N° 17, p. 2.

<sup>3</sup> Ver MENDES, Errol. «The U.N. Sales Convention & U.S. Canada Transactions: Enticing the World's Largest Trading Bloc to Do Business under a Global Sales Law». *Journal of Law and Commerce*, 1988, pp. 109-144.

<sup>4</sup> Ver TEUBNER, Günther. «Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of Lex Mercatoria». *European Journal of Social Theory*, Frankfurt University, 2002, pp. 199-217

<sup>5</sup> Ver: <<http://www.unidroit.org/english/home.htm>>.

<sup>6</sup> Ver: <[http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working\\_groups/2Arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/2Arbitration.html)>

<sup>7</sup> Ver: <<http://www.adr.org>>.

<sup>8</sup> Ver: <<http://www.uncitral.org>>.

<sup>9</sup> Ver TEUBNER. Ob. cit.

Europea sigue vigente durante la actual globalización. La diferencia radica en que ahora estamos ante una mayor «densidad» en el comercio y en general en la forma como se viene dando la interrelación entre ambos espacios económicos. Por ejemplo, la Unión Europea es hoy el principal socio comercial de China, abarcando el 16.5% de su comercio, mientras que China es el segundo socio comercial más importante de la Unión Europea, cubriendo el 9.4% de su comercio.<sup>10</sup>

Un similar incremento de densidad se da hoy en las relaciones que existen entre los países y entre diversas regiones económicas originalmente distantes o desconectadas entre sí.<sup>11</sup> Esta conectividad se incrementa debido a la evolución de las tecnologías de la información y comunicaciones, las nuevas formas de contratación, la reconfiguración de los intereses geoestratégicos de los países y de las regiones económicas, el incremento geométrico de la inversión extranjera directa a escala global, el flujo financiero transfronterizo, la fuerza gravitante de las empresas transnacionales en el comercio global, entre otras razones.

En consecuencia, resulta evidente que la densidad y la complejidad de las relaciones comerciales y de los fenómenos que acarrea la globalización han variado significativamente a lo largo de los siglos. Hoy adoptan múltiples dimensiones, que van desde el plano de los asuntos culturales o académicos, pasando por los temas políticos, ambientales, comerciales, económicos y llegando hasta asuntos en materia de seguridad y defensa. Lo último ha adquirido interés en nuestros días; en especial, luego de los acontecimientos del 11-S.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Reuters y El Comercio. «Intercambio comercial entre la Unión Europea y China». *El Comercio* [Lima]. Domingo 17 de septiembre de 2006, Sección Económica.

<sup>11</sup> Otro indicador significativo de la «densidad» de la actual globalización lo encontramos en el hecho de que al año 2005 un tercio de las reservas en moneda extranjera de China continental figuraba en bonos del tesoro americano. En aquel entonces el total de las reservas chinas alcanzaba la cantidad de setecientos mil millones de dólares. Ver GOODMAN, Peter. «China Pledges not to unload U.S. T-Bills». *Washington Post Foreign Service*, 10 de septiembre 10 de 2005. <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/09/09/AR2005090902025.html>>.

<sup>12</sup> Por ejemplo, en la más reciente concepción militar, se habla de guerras de cuarta generación o 4GWF, que se diferencian significativamente de los modelos o generaciones anteriores en el plano estratégico, táctico y operativo. Esto implica incorporar a la actividad bélica una serie de aspectos otrora no considerados en las teorías bélicas correspondientes a anteriores «generaciones». En tal sentido, la guerra de cuarta generación comprende una considerable «ampliación del teatro de operaciones» y una gama de acontecimientos como el 11-S, la llamada «guerra contra el terror», la reciente ofensiva israelí en contra del Hezbola en el Líbano, la guerra asimétrica llevada a cabo por los Estados Unidos durante quince años en Vietnam, entre muchas otras registradas en la historia reciente y no tan reciente, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Ver CORAM, Robert. *Boyd, the Fighter Pilot who Changed the Art of War*. Nueva York: Little, Brown and Company, 2002.

Este entorno global erosiona la concepción de soberanía heredada del modernismo y el ejercicio de poder intrafronterizo de los Estados; pero de otro lado, las dinámicas de la última globalización no comportan necesariamente la desaparición absoluta ni de la soberanía ni del poder estatal soberano.<sup>13</sup> Los Estados, en forma correlativa a su poder y capacidad política y económica, al igual que otros actores y no obstante la erosión de su soberanía, son protagonistas de la última globalización.<sup>14</sup> Como sabemos, le dan forma mediante la negociación y ratificación de tratados internacionales o mediante la adopción de políticas de «inserción competitiva» en los mercados globales.

Sin embargo, tampoco la globalización actual asegura el surgimiento inmediato de una paradisíaca y armónica «sociedad global», donde el poder se encuentre centralizado y equilibradamente estructurado en un «gobierno global» universalmente aceptado. Como ya se ha adelantado, otros actores corporativos de alcance global, como las empresas transnacionales y las organizaciones internacionales, tienen hoy atribuciones y alcances «cuasi soberanos».<sup>15</sup>

En consecuencia, en el mundo se está generando una tensión de frecuencia variable entre lo interno y lo externo, entre lo doméstico y lo «interméstico», entre lo nacional y lo internacional. Esta tensión implica la transformación de la soberanía de los Estados y de los modelos de interacción.<sup>16</sup> Desde la perspectiva de las transformaciones del Derecho Público, todo esto se traduce «[...] en el proceso de tránsito del Estado prestador hacia el Estado garante»<sup>17</sup> de la competitividad y del mercado, ante la cada vez mayor fuerza de gravedad de un conjunto de factores transnacionales.<sup>18</sup>

La transformación múltiple que comprende la globalización se despliega entonces hasta límites inusuales y a velocidades vertiginosas, en un contexto donde se conectan e interactúan muy variados actores y entes individuales, colectivos, estatales y «paraestatales», siempre dentro de un marco jurídico-institucional que otorga fuerza

<sup>13</sup> Ver BATTINI, Stefano. «The Globalization of Public Law». *European Review of Public Law*, vol. 18, 2006, N° 1.

<sup>14</sup> Una cosa es hablar de la «inserción competitiva» de una potencia económico-militar en el ámbito global y otra cosa muy diferente es ser testigos de la orientación o acción «reactiva» y coyuntural de un país «en vías de desarrollo», en su empeño de poder participar aunque sea parcialmente en el «*global marketplace*». Las asimetrías son hoy evidentes. Esto ha dado lugar al trato diferenciado en algunas organizaciones internacionales. Sin embargo, el trato diferenciado no es aceptado por todas las potencias que operan globalmente.

<sup>15</sup> Ver MIR PUIGPELAT, Oriol. *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*. Madrid: Editorial Thomson Civitas, 2004, pp. 36-58.

<sup>16</sup> Ver SCHREUER, Christoph. «The Waning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law?». *European Journal of International Law*, 4 EJIL, 1993, pp. 447-471.

<sup>17</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. Ob. cit., p. 43.

<sup>18</sup> Ver BERGER, Klaus Peter. «The New Law Merchant and the Global Market Place, a 21<sup>st</sup> Century View of Transnational Commercial Law». Köln Universität: 2006. <www.tldb.unikoeln.de>.

de gravedad a lo económico-financiero y a lo tecnológico. Todo ello se encuentra impulsado por el «globalismo»,<sup>19</sup> la competitividad como concepto y la competencia regulatoria —*regulatory competition*—<sup>20</sup> como acción de los Estados en la pugna por abrir mercados hacia adentro y hacia afuera.

De otro lado, no cabe duda que la globalización y en especial la última, constituye un fenómeno espacial que pone en situación de continuidad a lo local y a lo global, acortando drásticamente las distancias. Sin embargo, y como ya se ha adelantado, la globalización no prescinde de los Estados. Los involucra, generando nuevos y mayores retos para estos.<sup>21</sup>

La globalización actual comprende nuevas condiciones económico-tecnológicas. Incentiva la reconfiguración y transformación de los Estados en concordancia con los tiempos y realidades actuales,<sup>22</sup> lo que se ha expresado en la «[...] progresiva erosión del Estado-nación como espacio territorial y social en el que se adoptan de forma libre e independiente las decisiones políticas fundamentales y se elaboran de manera autónoma las normas jurídicas correspondientes».<sup>23</sup>

Por ende, la globalización denota un cambio en la forma espacial de la organización y en la actividad humana en general. Este cambio se expresa en los modelos de actividad e interacción transcontinental e interregional, los que también incluyen el ejercicio del poder soberano y su transformación. Todo esto ocurre a partir de una emergente preeminencia del «globalismo», que privilegia lo transfronterizo por encima de lo intrafronterizo. Esta transformación y transnacionalización se da en manos de actores tradicionales, como los Estados. Pero como se ha señalado, también se da en manos de otros actores diferentes a estos,<sup>24</sup> incluyendo las organizaciones internacionales,<sup>25</sup> las empresas transnacionales,<sup>26</sup> las organizaciones no gubernamentales, entre otros.

---

<sup>19</sup> En palabras de Ulrich Beck, citado por Mir Puigpelat, se entiende por globalismo «[...] la concepción según la cual el mercado mundial desaloja o sustituye al quehacer político; es decir, la ideología del dominio del mercado mundial o la ideología del liberalismo». BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós, 1998, citado por MIR PUIGPELAT, Oriol. Ob. cit.

<sup>20</sup> Ib., p. 41.

<sup>21</sup> Ver KUNDMÜLLER, Franz. «Apuntes sobre Derecho Público en tiempos de globalización». *Revista de Derecho Administrativo*, Lima, Editorial Iuris Consulti, 2006, pp. 165-203.

<sup>22</sup> Ver JUDSON Lodge, Aaron. «Globalization: Panacea for the World or Conquistador of International Law and Statehood?». *Oregon Review of International Law*, 7, Or. Rev., Int'l L. 224, 2005.

<sup>23</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. Ob. cit., p. 37.

<sup>24</sup> Ver HELD, David. «Democracy and Globalization». *Global Governance* 3, 1997, pp. 251-267.

<sup>25</sup> Ver ÁLVAREZ, José. «International Organizations: Then and Now». *American Journal of International Law*, 2006, 100 Am J. Int'l L. 324.

<sup>26</sup> Ver DANIELSEN, Dan. «How Corporations Govern: Taken Corporate Power Seriously in Transnational Regulation and Governance». En *Harvard International Law Journal*, 2005, 46 Hav. Int'l L.J. 411.

La globalización acarrea la mayor extensión y profundización de las relaciones sociales e institucionales en el tiempo y en el espacio, a tal punto que las más elementales actividades cotidianas a llevarse a cabo en un lugar del globo pueden influir o ser influenciadas por los eventos que puedan ocurrir en otro lugar del planeta. Todo esto puede ocurrir «en tiempo real». Las decisiones que puedan tomar los grupos, comunidades locales e incluso individuos, pueden hoy tener una repercusión global. Los canales de comunicación que transmiten estos procesos son muy variados y están en permanente actividad durante las veinticuatro horas del día y los 365 días del año.

En esencia, la globalización implica dos fenómenos distintos. En primer lugar, supone que las «cadenas de actividad» política, económica y social pueden tener ahora un alcance de escala interregional o intercontinental. En segundo lugar, entraña la intensificación de los niveles de interacción e interconectividad al interior de los países y entre los países entre sí, rebasando fronteras e incluso los límites geográficos.

Esto repercute decididamente al interior y entre los cuerpos sociales entre sí, amplificando tanto las relaciones armónicas como las conflictivas, abriendo significativos espacios de interacción para los individuos. Esto último se realiza tanto en forma positiva como en forma negativa.<sup>27</sup> Como ya se ha adelantado, en la práctica se presentan diversas expresiones históricas de globalización.<sup>28</sup> Estas pueden ser distinguidas en función de la extensión de las redes, relaciones y conexiones que comprende cada etapa, a lo que se suma un segundo factor a tomar en cuenta, como es la intensidad de los flujos y niveles de complejidad de las redes que se forman y transforman en este proceso evolutivo.

Cabe sumar un tercer factor, que es el del impacto específico que se pueda generar en las comunidades en cada escenario o período de globalización. En todo caso, y a la luz de lo comentado líneas arriba, la globalización es un fenómeno que no tiene nada de nuevo, pero al mismo tiempo entraña grandes procesos de transformación multidireccional en cada etapa de su evolución.<sup>29</sup>

Uno de los ingredientes nuevos que acarrea la última globalización es la conformación paulatina del llamado «*global marketplace*»,<sup>30</sup> que también incluye un mercado laboral global. Esto distingue a la actual globalización de las anteriores globalizaciones. La

---

<sup>27</sup> Ver HELD. Ob. cit.

<sup>28</sup> Sobre la globalización actual y su similitud con la coyuntura histórica de 1914, ver CHURCHWELL, Cynthia. «What could bring Globalization down?». Entrevista a Niall Ferguson, 2005. *Working Knowledge, Harvard Business School*. Consultada en septiembre de 2006. <<http://hbswk.hbs.edu/item/4812.html>>.

<sup>29</sup> Ver HELD. Ob. cit.

<sup>30</sup> Ver BERGER, Klaus Peter (2001). «Transnational Commercial Law in the Age of Globalization». Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, Saggi, Conferenze e Seminari No. 42, pp. 3-5, Roma.

fuerza laboral en tiempos de la última globalización también ha pasado a ser un bien «transable» en el mercado global, de la misma forma que lo fueron el oro, la seda y las especias en los lejanos tiempos de Marco Polo. Otro elemento que comprende la última globalización es el tecnológico,<sup>31</sup> a partir de la concepción y desarrollo de la sociedad de la información y telecomunicaciones.<sup>32</sup>

Finalmente, la globalización económica promovida por el *globalismo* que emana de la actividad de las empresas transnacionales da lugar también a una globalización político institucional. Esta se expresa en la conformación de las organizaciones internacionales de la última globalización, las mismas que cumplen un rol importante en la eliminación de las barreras jurídicas al libre comercio.<sup>33</sup>

## 1.2. Etimología y etapas de la globalización

La palabra «globo» para referirse al planeta se usa comprobadamente desde el siglo XVI, cuando Magallanes navegó alrededor del mundo. Entonces quedó demostrado que la tierra es redonda. Pero no es sino en 1892 cuando se comienza a utilizar la palabra «global» en el sentido de involucrar al mundo entero. La conciencia de lo global recién despierta en el siglo XIX, con los grandes procesos de colonización de la época moderna.

A su vez, los términos «globalizar» y «globalismo» fueron acuñados mucho después, en 1944. Salvo por los esporádicos usos académicos de estos términos durante los años sesenta y setenta del siglo XX, las palabras «globalidad» y «globalización» recién adquirieron valor académico a partir de mediados de los años ochenta del mismo siglo. Desde entonces, sin perjuicio de sus múltiples contenidos innegablemente elusivos, la palabra globalización<sup>34</sup> se encuentra presente en diversas disciplinas del conocimiento humano y ha sido adoptada por distintos idiomas.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> En especial, a partir de la computadora y el Internet, como extensión de las capacidades intelectuales y mentales de las personas. Ver De TRAZEGNIES, Fernando. «El dilema de la globalización. ¿Universalización o articulación?». Ponencia presentada en la Universidad Carolina de Praga, 1999. <<http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafda.htm>>. Ver además sobre evolución del conocimiento y la tecnología, entre otros temas: RAMENTOL, Santiago. *Teorías del desconcierto*. Editorial Urano Tendencias, 2004, p. 168.

<sup>32</sup> Ver STEINGART, Gabor. «Globalisierung: Gleicher Lohn für Gleiche Arbeit». *Spiegel Magazin*, 11 septiembre de 2006. <<http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,436345,00.html>>.

<sup>33</sup> Ver MIR PUIGPELAT, Oriol. Ob. cit., pp. 48-49.

<sup>34</sup> El buscador Google de Internet arroja 1'240,000 entradas para la palabra «globalización» y 17'400,000 para la palabra «globalization».

<sup>35</sup> Ver SHAMS, Heba. «Law in the Context of Globalization: A Framework of Analysis». *International Lawyer*, invierno de 2001. Symposium International Monetary and Financial Law in the New Millennium. Dedication Conference of Sir Joseph Gold Library Collection Article, 35 Int'l Law, p. 1590.

En suma, y desde una perspectiva orientada por la progresión histórica, a partir de diversas fuentes, la globalización entendida como un fenómeno interrelacionado con las integraciones económicas, jurídicas y políticas, comprende algo más de cinco siglos. Sus etapas no son rígidas ni constituyen períodos aislados entre sí. En términos generales se podrían describir como se aprecia a continuación.

Encontramos una primera fase de la globalización durante la expansión europea de la segunda mitad del siglo XV, que desemboca en la colonización de América, África y Asia.<sup>36</sup> Como se sabe hoy, los procesos de colonización y descolonización también han sido factores globalizadores, al haber implicado a lo largo de la historia la generación de diversas formas de interacción de intensidad y densidad variables, donde lo jurídico ha sido parte de la dinámica de interacción.<sup>37</sup>

Una segunda fase se produce a partir de la revolución industrial del siglo XVIII,<sup>38</sup> cuando se dan los primeros usos de la palabra «global» y cuando se expanden vertiginosamente por el mundo el comercio inglés, francés y holandés. Esto implica la producción de modelos jurídicos para la tutela y regulación del intercambio comercial transfronterizo, además de la nueva conformación del *ius mercatorum*,<sup>39</sup> lo que se suma a las conquistas territoriales de las potencias coloniales, especialmente las producidas a lo largo del siglo XIX. Esta segunda etapa de la globalización moderna concluye en 1914, en los umbrales de la Primera Guerra Mundial.<sup>40</sup>

Resulta de interés en este punto tener en cuenta a las uniones aduaneras del siglo XIX. Son estas un antecedente no tan lejano de la actual «liberalización» comercial y económica en el ámbito transfronterizo de las relaciones entre Estados. Sin embargo, debemos anotar que las uniones aduaneras se produjeron en territorios que no eran colonias. Estas «*zollvereine*» —‘uniones aduaneras’— son antecedentes de las muy posteriores iniciativas de liberalización comercial y económica llevadas a cabo a otra

---

<sup>36</sup> Asunto de particular importancia para la posterior división internacional del trabajo y para la evolución de una variedad de teorías políticas, jurídicas y sociológicas, que esencialmente identificaron al sur como proveedor de productos primarios de exportación, mientras que el norte comprende principalmente a los países industrializados y tecnificados. Sin embargo, esta estructura norte-sur, propia del bipolarismo de la segunda mitad del siglo XX, tiende a cambiar con la incorporación de China, India y los países del este de Europa al mercado global, incidiendo ello paulatinamente en la dinámica de los flujos que acarrea la última globalización y abriendo nuevos espacios de «inserción global» para los países y las regiones económicas del mundo.

<sup>37</sup> Ver McMICHAEL, Philip. *Development and Social Change*. California, Londres, Nueva Delhi: Pine Forge Press, 2000, p. 14.

<sup>38</sup> Ver TELLO, Luis Ernesto. «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, 2004. Biblioteca Digital Andina, p. 9.

<sup>39</sup> Ver CALLIESS, Graf-Peter. Ob. cit.

<sup>40</sup> TELLO. Ob. cit.

escala, como el Acuerdo General de Aranceles y Tarifas (GATT) y la Organización Mundial del Comercio (OMC), dadas ya en pleno siglo XX.<sup>41</sup>

El establecimiento de una «*zollvereine*» entre algunos principados germanos soberanos en el siglo XIX, fue uno de los factores que posibilitó la unificación alemana desde el centro de Europa, consolidando la conformación de los grandes Estado-Nación europeos del siglo en mención. A su vez, luego de la Primera Guerra Mundial, un grupo de Estados del desmembrado Imperio austro-húngaro constituyeron uniones aduaneras para mantener el libre intercambio comercial. Pero solo al finalizar la Segunda Guerra Mundial, la integración económica europea se convertirá en un medio eficaz para evitar nuevos conflictos internacionales entre Estados-Nación históricamente rivales.<sup>42</sup>

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 Estados Unidos de América. La hegemonía de ese país se reflejó en el «[...] control casi absoluto de las instituciones surgidas posteriormente a los acuerdos de Bretton Woods»,<sup>43</sup> primeros «elementos ordenadores» que han ido evolucionando hasta conformar el orden económico internacional contemporáneo.<sup>44</sup>

Adicionalmente, encontramos otros instrumentos internacionales relevantes surgidos con posterioridad, 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).<sup>45</sup>

Este tratado multilateral se gestó en tiempos de la última descolonización posterior a la Segunda Guerra Mundial —hacia mediados del siglo XX—<sup>46</sup> y precisó los alcances del CIADI en los siguientes términos, destacando el rol de las inversiones para el

---

<sup>41</sup> A lo que sumaríamos los actuales tratados de libre comercio (TLC) y los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones (TPI) en el campo de las inversiones y el Derecho Internacional de las Inversiones que fuera originalmente influido por las «*zollvereine*» en mención.

<sup>42</sup> TELLO. Ob. cit., p. 15.

<sup>43</sup> Ib., p. 9.

<sup>44</sup> Ver PETERSMANN, Ernst-Ulrich. «International Economic Theory and International Economic Law: On the Tasks of a Legal Theory of International Economic Order». *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*. The Hague, Boston, Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p. 227.

<sup>45</sup> Ver KUNDMÜLLER, Franz y Roger RUBIO. «El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte». *Revista Lima Arbitration*, publicación electrónica del Círculo Peruano de Arbitraje, 2006. <<http://www.limaarbitration.net/revista.htm>>.

<sup>46</sup> 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>>.

desarrollo económico, a partir de la cooperación internacional en el contexto del emergente Derecho Internacional de las Inversiones (en adelante, DII):

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; [...].<sup>47</sup>

Finalmente, la última etapa que comprende a la actual globalización, se origina en la caída de los denominados *regímenes de democracia popular*<sup>48</sup> y durante la paulatina consolidación de los procesos de «descolonización» de varios ámbitos geográficos y en distintos continentes.<sup>49</sup> Un poco antes, entre 1989 y 1991, existe un período a partir del cual se produce la coincidencia con la expansión e influencia creciente del Consenso de Washington.<sup>50</sup> Este ha entrado hoy en una etapa de revisión crítica, más allá del otrora llamado *triunfo del neoliberalismo*.<sup>51</sup> Diversas instituciones, reconocidos juristas, economistas y otros expertos<sup>52</sup> internacionales<sup>53</sup> participan ahora en la revisión del Consenso de Washington.<sup>54</sup>

<sup>47</sup> ICSID (2003). Convenio CIADI, reglamento y reglas. CIADI 15 Rev. 1. Washington D.C., p. 11. <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>>.

<sup>48</sup> TELLO. Ob. cit.

<sup>49</sup> Ver McMICHAEL. Ob. cit.

<sup>50</sup> 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, etcétera. Estas políticas fueron adoptadas por un número considerable de Estados a nivel global desde los años ochenta en adelante. Ver PETRÁSH, V. *Towards 2005: Consistencies and Inconsistencies of the FTAA Process in the face of Challenges to the Liberal Democratic Governance Consensus in the Americas*. Toronto: Summer Institute 2000 Roberts Centre for Canadian Studies, 2000. Más información en: <<http://www.robarts.yorku.ca>>. Ver además KUCZYNSKI, Pedro Pablo y John WILLIAMSON. «After the Washington Consensus: Restarting Growth and Reform in Latin America, Institute for International Economics», 2003. <[http://bookstore.iie.com/merchant.mvc?Screen=PROD&Product\\_Code=350](http://bookstore.iie.com/merchant.mvc?Screen=PROD&Product_Code=350)>.

<sup>51</sup> Ver KRESALJA, Baldo. «La política en materia de propiedad intelectual en la Comunidad Andina». *Derecho Comunitario Andino*. Lima: Instituto de Estudios Internacionales PUCP, 2003, p. 235.

<sup>52</sup> Ver DRACHE, Daniel. «The Post Washington Consensus: The Market Disconnect and the Public Reconnect». Ponencia presentada en el International Conference: Beyond the Washington Consensus. Governance and Public Domain in Contrasting Economies, febrero de 2001. <<http://isidev.nic.in/pdf/DDrache.PDF>>.

<sup>53</sup> El director general de la OMC, Pascal Lamy, ha declarado 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](http://www.sarpn.org.za/documents/d0001869/Lamy_WTO_Feb2006.pdf)>.

<sup>54</sup> Ver STIGLITZ, Joseph. «What I learned at the World Economic Crisis». Agosto 2004. <[http://www.robarts.yorku.ca/archives/institute/2000/pdf/stiglitz\\_worldban.pdf](http://www.robarts.yorku.ca/archives/institute/2000/pdf/stiglitz_worldban.pdf)>.

Nótese que en los tiempos inmediatamente anteriores a la última globalización se eliminó la paridad oro – dólar respecto de las reservas de los EEUU. También se dio la crisis del petróleo de los años setenta y luego la crisis de la deuda externa de los años ochenta, todos factores con repercusión global. Adicionalmente, también se dieron una serie de acontecimientos con efectos en el campo del Derecho Internacional Económico.

Es el caso de la creación del Foro Económico del Asia – Pacífico (APEC) y de la Organización Mundial del Comercio (OMC), la constitución de la Unión Europea (UE) como última etapa de la integración de esta región económica, la conformación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte —en adelante, NAFTA—, la Cumbre de las Américas y el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), el MERCOSUR y el relanzamiento de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), por solo citar algunos de los eventos más cercanos en el tiempo y sus respectivas dinámicas posteriores, por cierto, no todas de la misma intensidad y alcances.

Esto nos lleva a pensar que durante la última globalización el mundo se está estructurando multipolarmente a partir de un número limitado de regiones económicas, potencias y potencias intermedias emergentes. Esta nueva estructura global comprende la irrupción en el escenario económico-comercial global de los países del este europeo, India y China. Las regiones económicas coexisten hoy en distintos niveles de desarrollo institucional y económico. Al interior de y entre las regiones económicas entre sí, persisten altos niveles de inequidad, acompañados de factores de exclusión social y económica, destacando los casos de África<sup>55</sup> y América Latina.<sup>56</sup>

En efecto, en cuanto a esto último, diversos estudios demuestran que en 1965 la renta media per cápita registrada formalmente en el 20% de los países más ricos del mundo, era 31 veces superior a la renta media per cápita registrada en el 20% de los países más pobres. En 1990 esa diferencia se incrementó en sesenta veces.<sup>57</sup>

En consecuencia, y al menos en su etapa inicial, la última de las globalizaciones no es una panacea económica, en términos de promoción de la equidad y erradicación de los «pasivos sociales».<sup>58</sup> Es conveniente reconocer en este punto que esta etapa

---

<sup>55</sup> Ver RIZVI, Haider. «Desarrollo: el abismo de la inequidad». 2006. <<http://www.ipsnoticias.net/nota.asp?idnews=34917>>.

<sup>56</sup> Ver publicación de la Fundación Canadiense para Las Américas en: <<http://www.focal.ca/pdf/inequidad.pdf#search=%22inequidad%20america%20latina%22>>.

<sup>57</sup> Ver HALLIDAY, F. «Globalização e Relações Internacionais». *Globalização, política e economia, aspectos comparados*. Brasília: Coleção Pensamento Social-Democrata, Instituto Teotônio Vilela, 1999, pp. 35-36.

<sup>58</sup> Jeffrey Sachs opina en ese sentido. Él es director del Earth Institute y economista asesor del secretario general de las Naciones Unidas en el marco de la iniciativa para lograr las Metas del Milenio que en la actualidad tienen alcance global. Ver: <<http://www.earthinstitute.columbia.edu/about/director>>. Se pueden consultar artículos de este autor en: <<http://www.project-syndicate.org/series/7/description>>.

también comprende el incremento de la pobreza y de los factores de exclusión en diversos lugares y regiones económicas del mundo.<sup>59</sup> Esto justifica iniciativas como el programa de las Metas del Milenio de las Naciones Unidas.<sup>60</sup>

### 1.3. Libre comercio, «leitmotiv» de la última globalización

El libre comercio, entendido como un medio idóneo para lograr el bienestar de las naciones y para la prevención de conflictos entre países, se ha expresado en distintos momentos a lo largo de las globalizaciones o etapas «globalizantes» registradas por la historia, en los últimos cinco siglos. Desde esta perspectiva, las clásicas teorías de Adam Smith y David Ricardo<sup>61</sup> han mantenido su vigencia.

Con algunas diferencias entre ambos y en el campo de la economía política clásica, los autores concordaban en que mediante la división del trabajo y la liberalización de las restricciones a las importaciones por parte de los Estados, combinado ello con una adecuada administración de los respectivos nacionalismos económicos,<sup>62</sup> se lograría el bienestar económico al interior de los territorios donde dichos Estados ejercían soberanía.<sup>63</sup>

Una reflexión etimológica e histórica sobre la globalización y sus temas conexos referidos a los diversos modelos integradores multi, pluri y bilaterales,<sup>64</sup> se resume en la constatación de que la globalización existe e implica una variada gama de fenómenos y acontecimientos de difícil clasificación y elusiva naturaleza. En este escenario, lo jurídico es también objeto de constante evolución, ya se trate de los procesos de transformación en el ejercicio del poder o de los procesos de transformación comercial y económica.

En cuanto a lo primero, tomar en cuenta las consecuencias de la erosión y reconfiguración de la soberanía estatal resulta prioritario. De otro lado, lo segundo nos lleva

<sup>59</sup> Lo que a su vez implica la emergencia de otros factores, como la expansión de las migraciones que a su vez apareja el incremento de las remesas a regiones como América Latina y el Caribe. El total de dichas remesas llega incluso en este caso a sobrepasar el total de la inversión extranjera directa recibida en la región. Ver KUNDMÜLLER, FRANZ y Salvador HERENCIA. *Estrategias para la agenda económico social de la Comunidad Andina*. Lima: Comisión Andina de Juristas, Corporación Andina de Fomento, 2006, pp. 104-116.

<sup>60</sup> Ver: <<http://www.un.org/millenniumgoals>>.

<sup>61</sup> KUNDMÜLLER, FRANZ y Salvador HERENCIA. Ob. cit., p. 42.

<sup>62</sup> Ver CHANG, Ha-Joon. *Regulation of Foreign Investment in Historical Perspective*. Maastricht, United Nations University, INTECH, Institute for New Technologies, Keizer Karelplein 19, 6211 TC, 2003, p. 37.

<sup>63</sup> Ver HOWSE, Robert. «From Politics to Technocracy —And Back Again: The Fate of the Multilateral Trading Regime». En *The American Journal of International Law*, vol. 96, 2002, pp. 94-117.

<sup>64</sup> Ver UNCTAD. *Trends in International Investment Agreements: An Overview*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. Nueva York y Ginebra: UNCTAD/ITE/IIT/13, 1999, p. 40.

al reencuentro de formas o estructuras jurídicas que podrían ser calificadas de «inmanentes».<sup>65</sup> En efecto, se trata del *ius mercatorum*<sup>66</sup> y el *ius arbitrii*,<sup>67</sup> por solo citar un par de ejemplos. En ambos casos se pone de manifiesto un *continuum* inherente a la naturaleza de dichas instituciones durante el transcurso del tiempo y en distintas intensidades.<sup>68</sup>

Esto ocurre a partir de la preeminencia de lo consuetudinario<sup>69</sup> y su relevancia para el valor jurídico de las transacciones comerciales y para la solución eficiente de controversias derivadas de las mismas,<sup>70</sup> lo que además se traduce en un pluralismo jurídico por oposición a lo que ocurría en la última fase del modernismo positivista del siglo XX.

Los fenómenos y acontecimientos de la última globalización no necesariamente son pacíficos ni ordenados. Tampoco se puede confirmar que resulten universalmente aceptados como de efectos únicamente positivos o negativos. Pero no cabe duda de que se desenvuelven discursiva y dinámicamente. Generan múltiples impactos sobre el Derecho y también sobre la gama de procesos de integración entre países y entre regiones económicas. Tal como informan varias fuentes, dichos fenómenos comprenden pero no se limitan a las siguientes características y acciones:

- Expansión de procesos productivos fragmentados, extendidos a escala global, allende las fronteras nacionales de los Estados.
- Expansión de los servicios públicos regionales en ámbitos transfronterizos.<sup>71</sup>

---

<sup>65</sup> Existen testimonios históricos que demuestran la existencia de foros de solución de controversias comerciales en el período de formación y expansión de la *Lex Mercatoria* desde el siglo XI. Ese es el caso de los foros de los «pies polvorientos», «piepowder», «pede polvorosi» o «piepoudres» —haciendo alusión al carácter itinerante de la «curia mercatoria» por los caminos de la época—, a los que recurrían los comerciantes en diversas ciudades europeas. Se trataba de instancias de solución de controversias comerciales que no dependían del poder del gobernante, que se caracterizaban por su celeridad —resolver el conflicto antes de que caiga el polvo de los pies de los comerciantes— y por su especialidad —aplicación de la *Lex Mercatoria*—. Ver GROSS, Charles. «The Court of Piepowder». *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 20, febrero de 1906, N° 2, pp. 231-249.

<sup>66</sup> Ver TEUBNER, Gunther. Ob. cit. Ver además DOUGLAS, Michael. «Lex Mercatoria and the Culture for Transnational Industry». *University of Miami International and Comparative Law Review*, 13 U. Miami Int'l & Comp. L. Rev. 367, 2006.

<sup>67</sup> Ver EWART, John. «What is the Law Merchant?». *Columbia Law Review*, vol. III, marzo de 1903, N° 3, pp. 135-154.

<sup>68</sup> En lo referente a la *Lex Mercatoria* y sus distintas etapas de desarrollo, incluyendo la «nueva» *Lex Mercatoria* relanzada por Goldman, Fouchard y Kahn en los años sesenta del siglo pasado, ver BERGER, Klaus Peter. *The New Law Merchant and the Global Market Place, a 21<sup>st</sup> Century View of Transnational Commercial Law*. Köln Universität: 2006. <www.tldb.unikoeln.de> .

<sup>69</sup> Ver MORENO, José Antonio (2006). *Temas de contratación internacional, inversiones y arbitraje*. Asunción: Ed. Catena S.A., CEDEP, 2006, pp. 65-70.

<sup>70</sup> Ver EWART. Ob. cit.

<sup>71</sup> Ver STALGREN, Patrick. *Regional Public Goods and the Future of International Development Cooperation; Expert Group on Development Issues Ministry on Foreign Affairs*. Estocolmo: Working Paper 2000, p. 2.

- Incremento en el número de las organizaciones transnacionales no gubernamentales<sup>72</sup> diferentes a los Estados, incluyendo el rol protagónico de estas en procesos de alcance global. A esto se suma el incremento en el número de Estados con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.<sup>73</sup>
- Desplazamiento del «estadocentrismo clásico»<sup>74</sup> en el ámbito internacional y relevancia creciente de lo internacional en sus diversas manifestaciones.<sup>75</sup>

<sup>72</sup> Brown, de conformidad con información publicada por el anuario de las organizaciones internacionales, precisa que existen 922 de estas, además de 9,988 organizaciones no gubernamentales. Tomando en cuenta una serie de parámetros adicionales, cabría sostener que en total las organizaciones internacionales alcanzarían al número de treinta mil por contraste con los doscientos países que enumera S. Cassese (en «El espacio jurídico global». *Revista de Administración Pública*, Madrid, 2002, p. 13) y en un mundo cuya población total ascendería al año 2002 a la cantidad de 6,252,829,827; Ver BROWN W. Edith. «Invoking State Responsibility in the Twenty First Century». *American Journal of International Law*, vol. 96, 2002, p. 798.

<sup>73</sup> Por ejemplo, Graham califica de «victoria pírrica» de alcance global la que lograron ciertas organizaciones no gubernamentales al haber provocado a fines de los años noventa la suspensión de las negociaciones auspiciadas por la OECD para constituir un tratado multilateral en inversiones extranjeras (MAI). Esto desembocó finalmente en el retiro de Francia de las negociaciones, el 14 de octubre de 1998. Francia alegó para ello que las negociaciones no prosperaban; en especial en lo referente a una serie de temas en el ámbito cultural y las inversiones extranjeras. Algunos analistas han sostenido que la postura del gobierno francés obedecía más bien a la necesidad política de mantener la coalición gubernamental o «cohabitación» de la derecha, a la que pertenecía el primer ministro Chirac, ya que el retiro de Francia de las negociaciones satisfacía el interés de las fuerzas de la coalición socialista-comunista que cogobernaba con Chirac. Esta coalición se impuso para lograr el retiro de su país del MAI. Con el retiro de este país de las negociaciones del MAI, la alianza política interna se mantuvo pero se frustraron las negociaciones multilaterales. Ver GRAHAM, Edward. «Regulatory Takings, Supranational treatment and the Multilateral Agreement on Investment: Issues raised by Nongovernmental Organizations». Symposium: The International Regulation of Foreign Direct Investment: Obstacles & Evolution. National Treatment of Foreign Investment: Exceptions and Conditions. *Cornell International Law Journal*, 1998, pp. 613-4.

<sup>74</sup> Se entiende a partir de la hipótesis de la transformación del poder estatal a raíz de las necesidades «relacionales» económicas, y por ende políticas, que plantea la actual globalización; lo que se extiende, en forma crítica, a diversos sectores de la actividad y naturaleza jurídica del Estado, tanto en el ámbito doméstico como en el internacional. (Ver GOLUB, Philip. «United States: The Slide to Disorder». *Le Monde Diplomatique*, julio de 2005. <<http://mondediplo.com/2005/07/02usa>>. Esto supone la reconfiguración del modelo «estado-céntrico» de organización social, política, jurídica y económica que ha caracterizado al «modernismo» y que hoy demanda una nueva concepción. Postulamos que esta dinámica que comprende el agotamiento de los modelos «estadocéntricos» genera un espacio propicio para el desarrollo de las iniciativas de integración, pero también demanda una nueva concepción de Estado, ya que finalmente, y como se verá más adelante, este sigue siendo un protagonista notable en el contexto internacional contemporáneo, en particular en lo referente a las tareas de producción legislativa y gestión administrativa especializada.

<sup>75</sup> Cassese informa, por ejemplo, que el llamado «sistema internacional» supone hoy un total aproximado de doscientos países. De estos, 189 son miembros de las Naciones Unidas. Según Cassese, en el mundo podemos ubicar además alrededor de «[...] 400,000 empleados de aparatos supraestatales, alrededor de 50,000 tratados internacionales [registrados por Naciones Unidas] [los que] sólo representan una pequeña parte del total. [Existen además] un número no estimado de reglamentos, directivas y otros actos promulgados por organizaciones internacionales o transnacionales. Solamente la Unión Europea ha producido alrededor de 1500 en el año 2000. El número total desde 1957 no se ha calculado, pero se sabe que ocupan 80,000 páginas». En CASSESE, Sabino. «El espacio jurídico global». *Revista de Administración Pública*, 2002, p. 13, Madrid.

- Proliferación de foros internacionales de solución de controversias o «jurisdicciones internacionales» de diverso tipo y alcances.<sup>76</sup>
- Incremento en la cantidad de empresas transnacionales<sup>77</sup> que realizan operaciones comerciales y económicas internacionales, cuyos activos exceden muchas veces en valor económico al PBI de diversos países. Estas constituyen el elemento dominante en el ‘*global marketplace*’, pues acaparan dos terceras partes del comercio global y producen ‘*soft law*’.<sup>78</sup>
- Incremento de las cuotas de poder y competencias institucionales de entes y organizaciones internacionales como la OMC, el FMI, el Banco Mundial, entre otras instituciones de alcance regional, como las burocracias creadas para la administración de diversas iniciativas de integración política, jurídica y económica.<sup>79</sup>
- Detrimento de los valores y de la legitimación democráticos directos, ante la expansión de entes globalmente operativos como las transnacionales —corporaciones privadas— y las organizaciones internacionales, que respectivamente concentran poder económico, capacidad de decisión y de producción jurídica, sin necesariamente encontrarse legitimados mediante procesos políticos —democráticos—. <sup>80</sup>
- Tecnologías de las comunicaciones y nuevas tecnologías que se encuentran progresando geométricamente e influyendo en el proceso de evolución comercial y económica global,<sup>81</sup> en el marco de la sociedad del conocimiento y de la información.<sup>82</sup>
- Los países, y por ende, los Estados a escala global, se encuentran cambiando sus regímenes de prestación, para convertirse en «guardianes del mercado», incentivando esquemas que promueven la liberalización de las economías, la competitividad y otros aspectos relacionados a la creación y desarrollo de mercados. Esto ocurre a partir de modelos de cooperación e integración económica, como los TLC, los TBI<sup>83</sup> y otros modelos de integración.

<sup>76</sup> Ver SANDS, Phillipe. «The Future of International Adjudication». *Connecticut Journal of International Law*, 14, Conn. J Int’l L. 1, 1999, p. 2.

<sup>77</sup> Ver DANIELSEN, Dan. «How Corporations Govern; Taking Corporate Power seriously in Transnational Regulation and Governance». *Harvard International Law Journal* 46, 2005, Harv. Int’l L.J., p. 411.

<sup>78</sup> Ver JÁUREGUI, Gurutz. «Estado, soberanía y Constitución: algunos retos del Derecho Constitucional ante el siglo XXI». *Revista de Derecho Público*, 1998, N° 44. Citado por MIR PUIGPELAT, Oriol. Ob. cit., 37.

<sup>79</sup> Ver ÁLVAREZ, José. Ob. cit.

<sup>80</sup> Ver MIR PUIGPELAT, Oriol. Ob. cit., pp. 60-1.

<sup>81</sup> En el siglo XVI la comunicación entre las Filipinas y la península ibérica tomaba dieciocho meses. En el siglo XIX, la comunicación entre México y Francia tomaba tres semanas. Hoy la comunicación es «en tiempo real». Ver CASSESE, Sabino. Ob. cit.

<sup>82</sup> Ver ARAOZ, M. y S. VAN GINHOVEN. *Preparación de los países andinos para integrar las redes de tecnologías de la información: el caso de Perú*. Lima: Proyecto Andino de Competitividad. CAF-Harvard, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 2001.

<sup>83</sup> TLC: tratado de libre comercio; TBI: tratado bilateral de promoción y protección recíproca de inversiones.

- Los movimientos separatistas y fundamentalistas han adquirido mayor protagonismo y alcance, mientras se incentiva el resurgimiento de los nacionalismos y se «perforan» los sistemas tradicionales de seguridad de los países,<sup>84</sup> ante la expansión del 4GWF y del «teatro de operaciones global».
- Emergen diversas organizaciones criminales transnacionales que actúan en varios países y en el ámbito transfronterizo, habiendo desarrollado tal poder económico, que en los hechos, rivalizan con el de los Estados más pobres y con el de las empresas transnacionales, auspiciando así las «narcoeconomías» y «zonas liberadas» para actividades ilícitas de carácter transfronterizo y con impactos simultáneos en distintos países.
- Los países, a título individual, encuentran crecientes obstáculos para controlar sus territorios y aplicar prospectivamente sus políticas nacionales.<sup>85</sup>

Como es evidente, y como ya se ha señalado, durante la última globalización y a partir de los rasgos sumariamente presentados líneas arriba, resulta lógico encontrar efectos positivos y negativos. Estos se producen respecto de asuntos variados en los campos de la economía, el comercio, las inversiones, las finanzas, el derecho, la política y las relaciones internacionales. A su vez, en el caso particular del Derecho Internacional se viene produciendo una creciente «economización» de las instituciones y relaciones jurídicas. Adicionalmente, ahora son cada vez más borrosas las fronteras entre lo público y lo privado en el plano internacional y nacional.

A mayor abundamiento, en la última globalización concurren una variada gama de procesos evolutivos, como ocurre por ejemplo con los TLC de «última generación»<sup>86</sup> y con las etapas de la integración económica y comercial interestatal registradas al interior y entre las diversas regiones económicas en el mundo. Algo similar se aprecia en la proliferación de los TBI, entre otros factores que también tienen que ver con el tratamiento de la inversión extranjera y con la gestión de conflictos en materia de inversiones.

Especial énfasis merece en este punto el arbitraje entre inversionistas y Estados, que es una más de las especializaciones en el espacio de proliferación de foros internacionales

<sup>84</sup> Ver al respecto: <<http://www.globalsecurity.org>>.

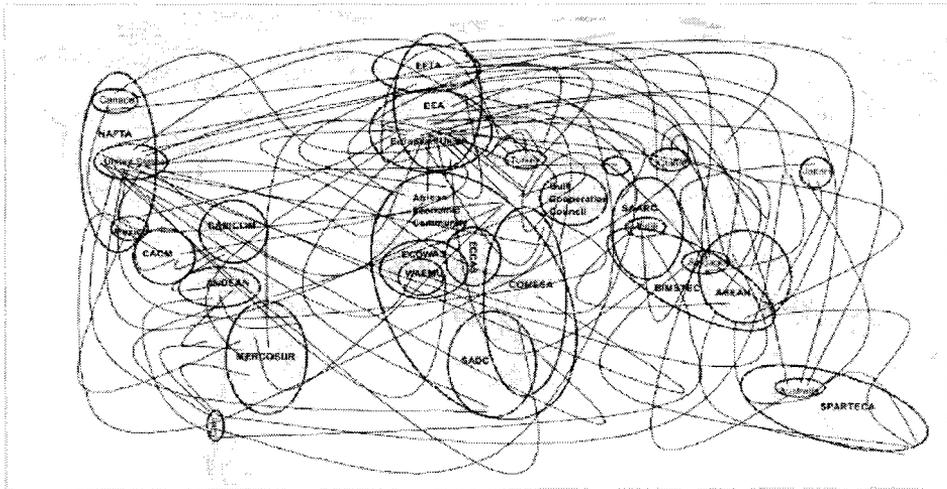
<sup>85</sup> Ver SHAMS. Ob. cit.

<sup>86</sup> Por contraste con los TLC de «primera generación», como informa el Departamento de Comercio Exterior del Gobierno de Canadá, refiriéndose a las negociaciones de ese país con los países miembros del EFTA: «The Canada-EFTA FTA was a “first-generation” agreement with emphasis on tariff elimination and trade facilitation. It did not include new obligations in areas such as services, investment, and intellectual property. The agreement introduced cooperation on competition policy and launched cooperative work in the important area of trade facilitation. It was Canada’s first trans-Atlantic free trade agreement». En: <<http://www.dfait-macci.gc.ca/tna-nac/efcta-en.asp>>.

de solución de controversias de la última globalización.<sup>87</sup> En todo caso, actualmente, cualquier modelo de gestión política nacional o de integración regional no puede soslayar la importancia de los nuevos escenarios que abren los flujos de la última globalización. No hacerlo implica renunciar a las posibles sinergias y beneficios que una buena estrategia de inserción global acarrea para los países y las regiones económicas.

De otro lado, desde la perspectiva de los operadores económicos, inversionistas, «decisores» políticos y otros, proliferan las alternativas y la superposición de estructuras jurídicas. Esto lo podemos apreciar en el gráfico que presenta el fenómeno del *spaghetti bowl* de los acuerdos de integración,<sup>88</sup> el mismo que refleja la amplia gama de tratados comerciales que coexisten en el mundo:<sup>89</sup>

**Gráfico 1**  
**El «spaghetti bowl»**



Fuente: UNCTAD basado en Banco Mundial 2005.

<sup>87</sup> Ver: <<http://www.pict-pecti.org>>.

<sup>88</sup> Ver ABUGATIAS MAJLUE, Luis. *Swimming in the Spaghetti Bowl: Challenges for Developing Countries under the New Regionalism*. UNCTAD, *Policy Issues in International Trade and Commodities Study Series*, N° 27. UNCTAD/ITC.D/TAB/28. 2004.

<sup>89</sup> UNCTAD. *Investment Provisions in Economic Integration Agreements*. Suiza: United Nations Conference on Trade and Development, 2006, p. 10.

#### 1.4. La creciente densidad jurídica de la última globalización y los pragmatismos

La complejidad de los procesos desatados durante la última globalización se debe entonces a razones económicas, políticas, interculturales,<sup>90</sup> geoestratégicas y tecnológicas, resultando sumamente difícil una clasificación estática, vertical y taxativa de los factores comprendidos en cada caso. Resulta por ello conveniente insistir en la importancia de la variabilidad de flujos y densidad de los mismos, para imaginar y entender la evolución o involución que acarrea cada globalización en el tiempo y en el espacio.

Por ejemplo, y como se ha señalado, en el ámbito jurídico encontramos la creciente orientación económica del Derecho Internacional, a partir de la proliferación de tratados multilaterales en materia económica y ante la preeminencia de los tratados de libre comercio. En efecto, de acuerdo a algunos estudios de los años noventa, del total de tratados multilaterales, el segundo lugar lo ocupan los tratados de tipo económico.<sup>91</sup> Esto condiciona e influye en el desarrollo de una serie de «tramas» jurídicas hacia adentro y hacia afuera de los países.

A lo dicho se suma el incremento de los procesos de traslación jurídica, que comprenden la adopción de sistemas jurídicos nuevos y totalmente diferentes por parte de diversos países en el mundo y en períodos relativamente cortos de tiempo. Esto ha ocurrido, por ejemplo, en el caso de aquellos países que en tiempos de bipolaridad se encontraban bajo la órbita del poder de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y que ahora orientan estratégicamente su inserción en un mundo globalizado,<sup>92</sup> haciéndolo muchas veces bajo la férula del pragmatismo absoluto.<sup>93</sup>

En este contexto, y como es lógico, surge la necesidad de desarrollar esfuerzos multidisciplinarios y multidimensionales para racionalizar y comprender la globalización y atender así a los retos de la «multipluralidad» que entraña. Solo así se pueden anticipar las eventuales oportunidades que la dinámica «globalizante» acarrea para regiones económicas como América Latina y para su posicionamiento geoestratégico en el mundo.<sup>94</sup> En especial, porque la densidad de los procesos y dinámicas de la última

---

<sup>90</sup> Ver PANT, Dipak y Fernando ALBERTI. *Anthropology and Business Reflections on the Business Applications of Cultural Anthropology*. LIUC Papers UNCTAD, 1997, N° 42, p. 5.

<sup>91</sup> Ver KING, John, Emily ALLEN y Nicole DIRLING. «International Law and Globalization: Allies, Antagonists, or Irrelevance?». *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, invierno de 2003, pp. 3-4.

<sup>92</sup> Ver DAVISON, Joan. «America's Impact on Constitutional Change in Eastern Europe». *Albany Law Review. Legal Development, Essays on the Influence of the American Constitution and Legal Institutions on Emerging Democracies*, 55 Alb. L. Rev. 793, 1992.

<sup>93</sup> Véase al respecto el pragmatismo de la República Popular China para atraer inversiones extranjeras, en ZHENG DONG HUANG, John (1995). «An Introduction to Foreign Investment Laws in the People's Republic of China». *John Marshall Law Review*, primavera de 1995, 28 J. Marshall L. Rev. 471.

<sup>94</sup> Ver PANT, Dipak y Fernando ALBERTI. Ob. cit.

globalización comprenden cambios drásticos en la concepción originaria de una serie de disciplinas. Como ya se ha adelantado, hoy destaca la innegable porosidad de la tradicional concepción de «soberanía estatal westfaliana»<sup>95</sup> y la actual mayor relevancia de los espacios transfronterizos donde discurren los flujos de la última globalización.

En gran medida, estos espacios conducen a un replanteamiento en la interpretación del poder estatal, a efectos de facilitar la participación productiva de los actores económicos en el proceso y en las dinámicas de la última globalización. A esto cabe agregar la problemática derivada de pretender aplicar en estos escenarios «interrelacionales» un Derecho Internacional originalmente concebido para los Estados, de alcance netamente territorial nacional e intrafronterizo. Esta concepción justamente se encuentra bajo revisión crítica,<sup>96</sup> debido a que hoy priman los flujos transfronterizos de diversos bienes y servicios.

Estos flujos no solamente se realizan en un contexto que privilegia la mayor apertura económica, pues también comprenden una apertura jurídica, para hacer viable y predecible un mayor dinamismo económico en mercados primarios, secundarios y terciarios de alcance global. En efecto, hasta hace relativamente poco tiempo, el sistema westfaliano de Estados tenía que ver principalmente con asuntos de guerra y paz, donde se apreciaba la diferencia y oposición entre el Derecho Internacional Político y el Derecho Internacional Económico. En la actualidad los temas de integración económica comienzan a ocupar espacios en la «alta política» de los países, de modo que el antiguo sistema westfaliano se encuentra en proceso de transformación.

Esta transformación proviene principalmente de la influencia contemporánea del Derecho Internacional Económico antes que del político, de modo que los conceptos básicos del sistema westfaliano se encuentran bajo revisión, lo que ocurre con las ideas de soberanía, reserva de dominio, igualdad soberana, jurisdicción territorial, entre otras.<sup>97</sup> De ello deriva la necesidad de contar con un derecho —*ius*— que corresponda a las nuevas realidades configuradas progresivamente a partir de las redes que interactúan en la economía global emergente y donde han pasado al primer plano los esfuerzos de integración económica y los pragmatismos.

---

<sup>95</sup> Lo «westfaliano» en alusión a la Paz de Westfalia que dio lugar a los tratados que pusieron término a la Guerra de los Treinta Años en 1648, documentos que a su vez sentaron las bases para la concepción «moderna» del Estado-Nación, circunscrito este a un espacio territorial específico sobre el cual el Estado ejerce poder en forma exclusiva y excluyente. Ver FALK, Richard. «The Post Westphalia Enigma». *Global Governance in the 21<sup>st</sup> Century: Alternative Perspectives on World Order*. Estocolmo: Hettne, Björn, Odén, Bertil, Almkvist & Wiksell International, 2002, p. 158.

<sup>96</sup> Ver TRACHTMAN, Joel. P. «The International Economic Law Revolution». *University of Pennsylvania, Journal of International Economic Law*, primavera de 1996, 17 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 33.

<sup>97</sup> *Ib.*

En el ínterin podemos apreciar cómo se están llevando al límite las posibilidades de aplicación de instituciones y disciplinas jurídicas preexistentes, intentando su aplicación no siempre exitosa a los nuevos supuestos y situaciones comprendidos en la última globalización.<sup>98</sup>

## 2. La gestión «deslocalizada» de controversias entre inversionistas y Estados<sup>99</sup>

### 2.1. Inversión extranjera y el contexto global plural-heterogéneo del DII

Como parte de las tendencias de la última globalización, a fines del año 2005 el universo global de tratados o acuerdos internacionales de inversiones (en adelante, AII)<sup>100</sup> sumaba cinco mil. Este conjunto de AII incluye los capítulos de inversiones en los TLC, un conjunto creciente de TBI, los acuerdos para regular la doble tributación, los acuerdos preferenciales de comercio e inversiones y otros.

Este vasto universo jurídico-económico se expande globalmente en una progresión sin precedentes, lo que ha ocurrido a partir de la segunda mitad de la década del noventa. Es un fenómeno de creciente interconexión jurídico-económica. Por ejemplo, hacia el año 2000 solo había algo más de cincuenta TBI, que precisamente constituyen una modalidad de AII. Hoy su cifra bordea los tres mil.<sup>101</sup> Solo China continental se encuentra vinculada por más de cien TBI y es a su vez el principal receptor de inversión extranjera directa en el mundo.<sup>102</sup> En el gráfico N° 2 figuran las diez economías del mundo que más TBI han suscrito, ocupando Alemania el primer lugar, seguida por China y Suiza.<sup>103</sup>

---

<sup>98</sup> Ver VON BOGDANDY, Armin. «Globalization and Europe: How to square Democracy, Globalization and International Law». *European Journal of International Law*, noviembre de 2004, 15 Eur. J. Int'l L., p. 886.

<sup>99</sup> En general, también denominada gestión «desnacionalizada» o «desterritorializada». Explica además una de las teorías del arbitraje. Tuvo origen en la época de la expansión de los contratos de concesión petrolera en los años setenta, en orden a que se configuró la necesidad de «deslocalizar» ese tipo de arbitrajes para buscar «plazas» arbitrales neutrales. Ver KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. «Globalization of Arbitral Procedure». *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, 2003, pp. 1313-1333.

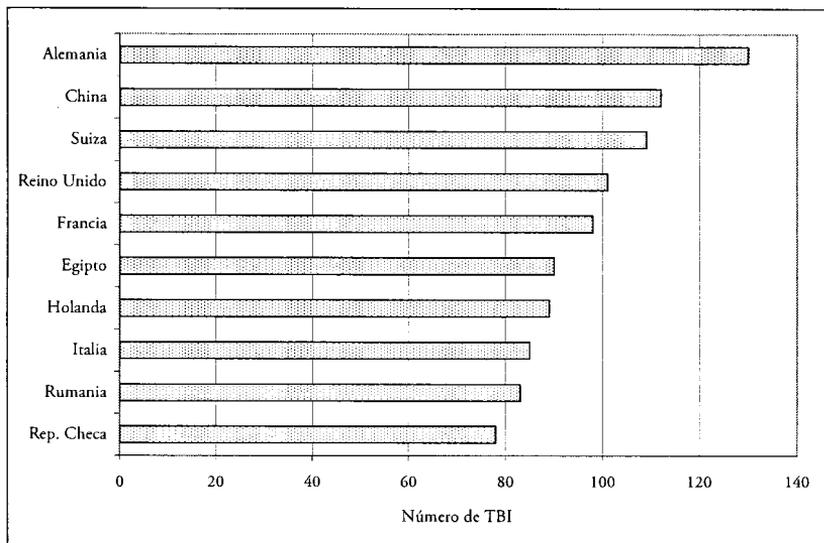
<sup>100</sup> Siguiendo la nomenclatura de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (en adelante, UNCTAD). <<http://www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intItemID=2068&lang=3>>.

<sup>101</sup> UNCTAD. «Recent Developments in International Investment Agreements. Research Note». 30 de agosto de 2005. UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2005/1, p. 2.

<sup>102</sup> Ver información proporcionada por UNCTAD sobre los TBI en: <<http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2344&lang=1>>.

<sup>103</sup> UNCTAD. Recent Developments in International Investment Agreements. Research Note. 30 de agosto de 2005. UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2005/1, p. 9.

**Gráfico 2**  
**Diez principales economías signatarias de Acuerdos Bilaterales de Inversión a finales de 2004**



Fuente: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. <<http://www.unctad.org/ia>>.

Ya no cabe duda que los AII configuran una *Lex Specialis*<sup>104</sup> para las partes que vinculan y forman parte de los medios jurídicos que destacan durante la última globalización. Generan efectos «hacia adentro» y «hacia fuera» de los países, tanto para los Estados como para los respectivos sectores privados. Forman parte de la *regulatory competition* que caracteriza el tránsito del Estado prestador al Estado garante de los mercados.

Existen razones históricas y económicas que explican el incremento de la interacción económico-jurídica transfronteriza; en especial, luego del fracaso de las negociaciones para contar con un tratado multilateral en materia de inversiones. Esto ocurrió hacia fines de los años noventa con el proyecto promovido por la Organización Económica para la Cooperación y el Desarrollo (OECD).<sup>105</sup>

En cuanto a lo primero, y como ya se ha señalado, históricamente hoy resulta innegable la influencia global que generó el libre mercado y comercio como filosofía para la organización económica global, la disolución de la Unión Soviética y la culminación del bipolarismo, que marcó los tiempos de la Guerra Fría tras la Segunda Guerra Mundial.

<sup>104</sup> Ver KISHOYIAN, Bernard. «The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law». En *Northwestern Journal of International Law and Business*, 14 Nw. J. Int'l L. & Bus. 327, 1994.

<sup>105</sup> Ver GRAHAM, Edward. Ob. cit.

En lo económico, el comercio, las inversiones y el tráfico financiero se han expandido y se siguen expandiendo con la presencia de nuevos actores en el contexto global. Esto ocurre no obstante las asimetrías estructurales que persisten entre las regiones económicas entre sí. Por ejemplo, la inversión extranjera directa ha crecido a nivel global nada menos que en un exorbitante 2,000%, en un período de apenas veinticinco años contados a partir de los años ochenta del pasado en adelante.<sup>106</sup>

Los países importadores de capital compiten hoy por captar inversiones extranjeras a escala global. El Perú es un país importador de capital que no constituye una excepción en lo que concierne a atraer inversiones. Esto se debe a sus necesidades internas y a sus limitaciones para captar inversiones. Un reciente estudio explica que el Perú tiene un déficit general de inversión en infraestructura. 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.<sup>107</sup>

Dicho déficit limita severamente las posibilidades de desarrollo del país, en especial cuando las fuentes internas de financiamiento y el ahorro interno resultan insuficientes para cubrirlo, a lo que se suman los costos de los pasivos sociales que subsisten y merecen atención prioritaria. Esto se refleja en los indicadores económicos nacionales que proyecta el país en el ámbito internacional.<sup>108</sup>

Adicionalmente, a efectos de incrementar la competitividad del Perú,<sup>109</sup> resultaría indispensable triplicar las inversiones en infraestructura, pasando del 1% del PBI, al 3%.<sup>110</sup> Sin perjuicio de que no ha existido unidad de criterio respecto de la forma como se configuran y definen los esperados efectos positivos de la inversión,<sup>111</sup> diversos estudios recientes demuestran que los AII, y en especial los TBI, contribuyen efectivamente a atraer inversiones hacia los países importadores de capital que son parte en los mismos.<sup>112</sup>

---

<sup>106</sup> Ver STEINGART, Gabor. Ob. cit.

<sup>107</sup> Ver DU BOIS, Fritz y Javier TORRES. «Déficit y sobrecostos de la economía peruana». *Revista de Economía y Derecho*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, invierno 2006, p. 7.

<sup>108</sup> Ver indicadores de Naciones Unidas para el caso peruano en: <<http://unstats.un.org/unsd/mdg/Data.aspx?cr=604>>.

<sup>109</sup> Ver el reporte del Foro Económico Mundial sobre competitividad en: <<http://www.weforum.org/en/index.htm>>.

<sup>110</sup> Declaraciones de José Luis Guasch, consejero regional de América Latina para Regulación y Competencia del Banco Mundial. Publicadas en la Agencia de Noticias Andina, 10 de octubre de 2006. Ver: <<http://www.andina.com.pe/NoticiaDetalle.aspx?id=100789>>.

<sup>111</sup> Ver MORAN, Theodore. *Inversión extranjera directa y desarrollo*. México: Oxford University Press, 2000.

<sup>112</sup> Ver NEUMAYER, Eric y Laura SPASS. «Do Bilateral Investment Treaties increase Foreign Direct Investment to developing Countries?». Londres: LSE Research Online, 2005. Consultado en febrero de 2006. <<http://eprints.lse.ac.uk/archive/00000627>>.

Desde esta perspectiva, el Estado peruano ha venido promoviendo la negociación y suscripción de diversos AII durante los últimos años, a lo que se suma la legislación interna para la promoción de inversiones y la apertura jurídica para hacer viable la aplicación de los respectivos medios de solución de controversias como el arbitraje inversionista – Estado.<sup>113</sup>

## 2.2. Límites jurisdiccionales, «*gunboat diplomacy*», ¿hasta la vista Doctrina Calvo?

Las jurisdicciones estatales nacionales no han sido creadas originalmente para resolver conflictos de alcance transfronterizo o transnacional entre Estados e inversionistas. Esto se debe a que estas jurisdicciones se encuentran estructuradas conceptual y operativamente dentro de su alcance territorial e intrafronterizo. También se debe a que las disciplinas jurídicas correspondientes a este ámbito se estructuraban originalmente a partir del derecho a la protección diplomática, el endoso y otras categorías jurídicas, teniendo como telón de fondo la inmunidad soberana de los Estados y la doctrina sobre la responsabilidad de los Estados.<sup>114</sup>

A mayor abundamiento, las jurisdicciones estatales están determinadas por la concepción estática de la soberanía estatal territorial moderna. Este es un correlato jurídico de una gama de motivaciones y razones histórico-sociales generalmente de tipo interno, a partir de la necesidad de administrar el poder en el ámbito territorial.

En consecuencia, la jurisdicción estatal tiene un carácter rígido y formalista condicionado por la *auctoritas* estatal y por la necesidad de preservar los derechos del justiciable y del ciudadano ante dicha *auctoritas*. Esto se opone a la flexibilidad que requiere el tratamiento del conflicto transfronterizo derivado de los crecientes y cada vez más dinámicos flujos económicos transaccionales y transnacionales de la globalización.<sup>115</sup>

De otro lado, en América Latina surgieron históricamente las doctrinas Calvo y Drago<sup>116</sup> como una respuesta jurídica regional y legítima frente a la «diplomacia de las cañoneras» o «*gunboat diplomacy*», desplegado este tipo de diplomacia por las

<sup>113</sup> Ver información sobre preinversión en: <<http://www.proinversion.gob.pe/default.asp>>.

<sup>114</sup> Ver SHAW, Malcolm. *International Law*. Reino Unido, EE.UU., Australia: Cambridge University Press, 1997, pp. 541-584.

<sup>115</sup> Surge también en este campo la necesidad de contar con una jurisdicción estatal que cuente con las capacidades suficientes, tanto institucionales como jurídicas, para atender a las necesidades propias de los flujos económico-comerciales de la última globalización. De otro lado, los tratados internacionales —como la convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras y el Tratado CIADI— establecen reglas específicas en lo que concierne a las jurisdicciones estatales de los países miembros.

<sup>116</sup> La Doctrina Drago es a fin de cuentas un complemento de la Doctrina Monroe. Esta última establece la no ingerencia extranjera en los países de las Américas. La Doctrina Drago establece la prohibición del uso

potencias económicas de principios del siglo XX, a manera de último rezago de los colonialismos imperiales de siglos pasados.

Esta «diplomacia» violenta y coercitiva fue puesta en práctica en contra de los países de América Latina por fuerzas navales extranjeras durante la primera década del siglo pasado. El motivo era ejecutar el cobro forzoso de deudas de los Estados latinoamericanos por la vía militar. Por ejemplo, esto es lo que ocurrió en 1902 cuando Venezuela fue atacada por fuerzas navales conjuntas de Alemania, Reino Unido e Italia para el cobro de setenta mil libras esterlinas de la época.<sup>117</sup>

La Doctrina Calvo significó en el ámbito regional y en la práctica un factor limitante para el desarrollo del arbitraje en América Latina. Esta y otras razones prevalecieron durante varias décadas como argumentos para restringir el acceso al arbitraje a los Estados e incluso a los particulares.

Como se ha señalado, esta situación se registra desde inicios del siglo XX, consagrando la jurisdicción exclusiva y excluyente de los tribunales locales. Ello, no obstante que también es cierto que la Doctrina Calvo contribuyó a establecer el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros ante los órganos jurisdiccionales internos, buscando ofrecer una protección jurídica ante el uso de la fuerza en los términos antes descritos.<sup>118</sup>

Adicionalmente, si bien la Doctrina Calvo y la cláusula del mismo nombre disponían la renuncia de los extranjeros a la protección diplomática de su país de origen, lo cierto es que ni la cláusula ni la doctrina en mención llegaron a consolidarse en su efecto persuasivo o coercitivo para limitar efectivamente dicha protección en el marco del Derecho Internacional. Es decir, regían específicamente «hacia adentro» de las fronteras de los países, de modo que si el Estado correspondiente a la nacionalidad del inversionista así lo determinaba soberanamente procedía a la protección de sus nacionales en territorio latinoamericano.

En consecuencia, dicho Estado emprendía las acciones internacionales del caso y hacía efectivo el endoso correspondiente. Es decir, procedía a «elevar» la controversia, que originariamente era entre un particular y un Estado, para convertirla en una

---

de la fuerza para lograr el resarcimiento económico entre Estados. Ver Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1979, p. 767.

<sup>117</sup> Ver KISHOYIAN, Bernard. Ob. cit.

<sup>118</sup> Ver CREMADES, Bernardo. «Disputes Arising out of Foreign Direct Investment in Latin America. A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues». *Dispute Resolution Journal*, mayo-julio de 2004, pp. 78 y ss.

controversia entre el Estado de la nacionalidad del particular y el Estado contra el cual se formulaba la reclamación originaria.<sup>119</sup>

Por este y otros motivos, sin perjuicio de su incorporación a las constituciones de los países de la región y a diferencia del derecho a la protección diplomática y de la puesta en práctica del principio de agotamiento previo de las vías procesales internas,<sup>120</sup> la Doctrina Calvo no llegó a constituir Derecho Internacional consuetudinario.<sup>121</sup>

Pero no obstante lo dicho, podemos señalar que existen algunas interesantes expresiones jurídicas del siglo XX que tienen relación con la Doctrina Calvo, como ocurre en el marco del DII, respecto de la obligación del inversionista a no formular solicitud de reclamación diplomática a su país de origen, cuando se encuentra sujeto al sistema de solución de controversias del CIADI. Esto se aprecia del Convenio CIADI, de conformidad con el artículo transcrito a continuación:<sup>122</sup>

Artículo 27

(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

(2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.

Similares disposiciones se encuentran contenidas en diversos AII contemporáneos, de modo que podríamos sostener que la Doctrina Calvo dejó su huella en el DII, no obstante la inexistencia de un tratado multilateral sobre la materia.

### 2.3. La solución de controversias en los AII

Los AII incorporan hoy una gama de medios de solución de controversias inversionista – Estado, como son: la negociación directa, la conciliación, la mediación y el arbitraje. Estos comprenden el «derecho adjetivo» de los AII, que concurren con el «derecho sustantivo» que regula la relación de DII entre los Estados parte en el AII.

<sup>119</sup> Ver RAMACCIOTTI, Beatriz. *Estudios de Derecho Internacional*. Lima: Instituto Peruano de Relaciones Internacionales, 1990, pp. 73 y ss.

<sup>120</sup> Ver VAN HARTEN, Gus y Martin LOUGHLIN. «Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law». *European Journal of International Law*, 17Eur. J., Int'l L, 121, 2006.

<sup>121</sup> Ver KISHIOIYAN, Bernard. Ob. cit.

<sup>122</sup> Ver: <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>>

Adicionalmente, los AII distinguen entre los medios de solución de controversias entre los Estados parte<sup>123</sup> en el AII y los medios aplicables a los conflictos entre el Estado parte del AII y el inversionista de la nacionalidad del otro Estado parte en el mismo AII, ofreciendo una alternativa tanto a la antigua concepción jurídica de la Doctrina Calvo como a la de la protección diplomática e inclusive a la del uso de la fuerza.

Estos medios se aplican a las controversias entre inversionistas extranjeros y Estados, en el marco del DII.<sup>124</sup> En consecuencia, los AII son instrumentos jurídicos internacionales que se diferencian de las normas contenidas en los ordenamientos jurídicos estatales internos. Implican en la práctica la cesión parcial de soberanía de los Estados que son parte en un AII, a efectos de que los inversionistas accedan en forma directa a los arbitrajes internacionales inversionista – Estado previstos en los AII.

Se produce por esta vía la transición efectiva que va de la diplomacia basada en el poder —«*power diplomacy*»— a la diplomacia basada en el derecho —«*rule of law diplomacy*»—, ante la necesidad de brindar las respectivas seguridades jurídicas a la relación asimétrica<sup>125</sup> entre Estados e inversionistas,<sup>126</sup> atendiendo al crecimiento geométrico de la inversión extranjera directa en el mundo y a la expansión de actividades de los inversionistas a escala global.<sup>127</sup> A esto se suma la creciente necesidad de los países tradicionalmente receptores de inversión que compiten entre sí por atraer capital e inversiones,<sup>128</sup> combinada con la fluctuación pendular entre el nacionalismo<sup>129</sup> y el liberalismo económico al interior de los países. Se configuran así las condiciones

<sup>123</sup> Sobre solución de controversias Estado – Estado, ver UNCTAD. *Dispute Settlement State – State*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, UNCTAD/ITE/IIT2003/1, ISBN92-1-112578-2, 2003.

<sup>124</sup> Sobre DII y los tratados de libre comercio, ver KUNDMÜLLER, Franz. «El arbitraje y los tratados de libre comercio». *Revista Peruana de Arbitraje*, 2006, N° 2, 2006, pp. 119-178, Lima..

<sup>125</sup> Esta «asimetría» es relativa. Es decir, el hecho de que un Estado tenga atribuciones de imperio y ejerza soberanía en su territorio es a lo más una demostración de poder político; no es en absoluto una garantía de poder absoluto. De hecho, en la práctica muchas empresas transnacionales tienen de lejos más poder económico que algunos Estados. Por ejemplo, de los cien organismos económicos más grandes del mundo, 51 son empresas. El volumen de negocio de la General Motors es superior al PBI de Arabia Saudita, Turquía y Polonia. Los ingresos de General Electric se comparan a los de Israel y los de la IBM son superiores a los de Egipto. Por último, en el año 2000 el valor en bolsa de Nokia era el doble del PBI finlandés. Ver CASSESE, Sabino. Ob. cit.

<sup>126</sup> Ver JONES, Ray. «NAFTA Chapter 11 Investor-to-State Dispute Resolution: A Shield to be Embraced or a Sword to be Feared». *Brigham Young University Law Review*, 2002, B.Y.U.L., rev. 527.

<sup>127</sup> Ver STEINGART, Gabor. Ob. cit.

<sup>128</sup> El déficit en infraestructura, por ejemplo, es un problema histórico y estructural en América Latina, tal como lo informa el Banco Mundial en agosto de 2005. Ver: <[http://siteresources.worldbank.org/INTLACINSPANISH/Resources/LAC\\_Infrastructure\\_execusumm\\_spa.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTLACINSPANISH/Resources/LAC_Infrastructure_execusumm_spa.pdf)>.

<sup>129</sup> Ver CHANG, Ha-Joon. Ob. cit.

generales que durante la última globalización conforman los posibles escenarios de conflicto entre inversionistas y Estados; en especial, los derivados de las situaciones generadoras de riesgos políticos locales para las inversiones extranjeras.

Como se ha adelantado, la gestión de las controversias entre Estados e inversionistas puede requerir de la aplicación de medios especializados y deslocalizados,<sup>130</sup> como el arbitraje internacional en inversiones. El arbitraje y sus disciplinas jurídicas ofrecen las condiciones para versar sobre materias controvertidas cuyos contenidos pueden comprender elementos de naturaleza internacional,<sup>131</sup> carácter transfronterizo y también de la aplicación de disciplinas jurídicas especializadas enmarcadas en el DII.

Algo similar podemos apreciar en el caso del arbitraje comercial internacional. La diferencia radica en que en el arbitraje inversionista – Estado existe especialización jurídica a partir del DII. Durante la última globalización se confirma el desarrollo del arbitraje entre inversionistas y Estados. Este tipo de arbitraje corresponde a las disposiciones contenidas en los instrumentos jurídicos que le dan origen en el marco del DII, generalmente mediante capítulos de inversiones en los TLC o mediante los TBI. En ambos casos se incorporan reglas de arbitraje y otros medios de solución de conflictos. Desde el punto de vista de la evolución jurídica de dichas reglas, la doctrina coincide en el sentido que el NAFTA implicó un punto de no retorno a partir del cual se puede observar la evolución jurídica del DII que prosigue durante el siglo XXI.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> Ver AL FARHAN, Farhan (2002). *The Procedural Law Applicable to Arbitration The Seat Theory & Delocalisation Theory*. International Commercial Arbitration Center for American and International Law. <[www.cailaw.org/academy/magazine/farhan\\_paper.pdf](http://www.cailaw.org/academy/magazine/farhan_paper.pdf)>.

<sup>131</sup> El artículo 1 de la Ley Modelo de Arbitraje Internacional de UNCITRAL brinda un buen ejemplo para identificar el carácter internacional de los elementos que tienen que ver con un arbitraje:

3) Un arbitraje es internacional si:

a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o

b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:

i) el lugar del arbitraje, si este se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;

ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o

c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

En: <<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf>>.

<sup>132</sup> Ver GANTZ, David. «The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States – Chile Free Trade Agreement». *American University International Law Review*, 2004, 19 Am. U. Int'l L. Rev. 679, p. 693 y ss.

El arbitraje<sup>133</sup> como medio deslocalizado de gestión de conflictos en un mundo globalizado, implica la posibilidad de poder llevarlo a cabo válida y legítimamente en cualquier lugar del mundo, en la medida que se cuente con las estructuras jurídicas apropiadas, generalmente por vía de los AII vigentes en el marco del DII. Estos arbitrajes son una pieza clave en la conformación del *espacio jurídico global*.<sup>134</sup> Ellos pueden llevarse a cabo fuera del territorio de un Estado en el que, de no mediar un AII, su jurisdicción estatal «estática» habría podido mantener competencia respecto de la materia controvertida derivada de una inversión extranjera localizada en su territorio. Es precisamente este tipo de jurisdicción la que resulta siendo percibida por los inversionistas extranjeros como «parte del riesgo» de invertir en «economías emergentes».

De otro lado, la teoría de la deslocalización<sup>135</sup> para explicar qué cosa es el arbitraje, es solamente una más de las diversas explicaciones doctrinarias a tomar en cuenta para entender la configuración jurídica del arbitraje. Por tal motivo, es inusual y antitécnico que las legislaciones arbitrales en el Derecho Arbitral comparado radiquen taxativamente la estructura positiva del arbitraje en alguna de las teorías recogidas por la doctrina.

Por tal motivo también, por ejemplo, la ley modelo de arbitraje de UNCITRAL mantiene una redacción neutra respecto de las teorías, otorgando énfasis a las disciplinas propias del Derecho Arbitral.<sup>136</sup> Siendo que el arbitraje es un medio de solución de controversias, resulta lógico y razonable que su estructura positiva mantenga una configuración neutra. Dicha neutralidad, sin embargo, no debe menoscabar su eficiencia y efectividad.

---

<sup>133</sup> Ver CARBONNEAU, Thomas. «The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements». *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, octubre de 2003, N° 4, pp. 1189-1231. Ver también THEOFRASTOUS, C. «International Commercial Arbitration in Europe: Subsidiarity and Supremacy in the Light of the De Localization Debate». *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1999, N° 31.

<sup>134</sup> CASSESE, Sabino. Ob. cit.

<sup>135</sup> En efecto, también encontramos la teoría jurisdiccional, la contractual, la híbrida —jurisdiccional-contractual—, la autónoma, la deslocalizada y la teoría de la cesión de poder y soberanía por parte de los Estados. Cabe resaltar que la teoría jurisdiccional es la más antigua, pues recoge categorías jurídicas del siglo XIX y se encuentra totalmente desfasada ante los retos que supone la última globalización y las necesidades emergentes de gestión de conflictos por vía arbitral. No obstante en el Perú viene predominando esa teoría, que entre otros efectos negativos, incentiva la procesalización innecesaria del arbitraje y el consecuente incremento de sus costos de transacción. Esto se debe principalmente a que en el Perú, como en muy pocos países en el mundo, el sistema jurídico ha optado por incorporar una teoría explicativa del arbitraje en el ordenamiento jurídico. Ver sobre teorías arbitrales, HONG, Lin Yu. «Explore the Void: An Evaluation of Arbitration Theories». *International Arbitration Law Review*, Int. A.L.R., 2005, 8(1), pp. 14 -22.

<sup>136</sup> Ver: <<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf>>.

Esto justamente no se entiende en el Perú y en algunos países de América Latina, al punto que se ha consagrado la jurisdiccionalidad del arbitraje.<sup>137</sup> Esta jurisdiccionalidad encuentra su peor expresión<sup>138</sup> en la innecesaria e impertinente procesalización e *hiperconstitucionalización*<sup>139</sup> de tan importante instituto.<sup>140</sup> Deviene en absolutamente innecesario, contraproducente y limitante para la futura evolución arbitral, anexas al arbitraje a la estructura jurisdiccional del Estado, directa o indirectamente. En particular, debe evitarse dicha anexión por la vía de las normas legales que originalmente están pensadas y estructuradas para el actuar judicial como ejercicio del poder estatal. De donde fluye que también resulta impertinente e innecesaria la aplicación de los códigos procesales civiles a los arbitrajes, salvo que las partes así lo hayan pactado. Y aún así, no cabe duda que se trataría de un pacto patológico, que en nada beneficia a la integridad y calidad del arbitraje.

Muy por el contrario, en sede arbitral se expresan y ejercen una gama de principios y características que remiten a la autonomía arbitral;<sup>141</sup> entre otras, y por ejemplo, la flexibilidad<sup>142</sup> en el marco jurídico del trato justo y equitativo de los árbitros a las partes, así como las atribuciones de las partes y de los árbitros durante la secuela del *iter* arbitral.

Este *iter*, que privilegia el derecho de defensa de las partes, está concebido para llegar en forma directa a resolver los temas de fondo y es precisamente una materialización de las estipulaciones contenidas en el convenio arbitral.<sup>143</sup> A su vez, el convenio constituye —por vía del acuerdo de voluntades—, el fundamento para que las partes se excluyan o inhiban de recurrir a la jurisdicción estatal, donde ante la necesidad de limitar el poder estatal, el debido proceso se convierte en un factor determinante.

En consecuencia, toda participación judicial en sede arbitral debe de estar claramente regulada, en orden a que el arbitraje y el proceso judicial son formas concurrentes

---

<sup>137</sup> Ver la errada concepción de «jurisdicción privada» que consagra el Tribunal Constitucional del Perú en la sección de jurisprudencia de la página web del Círculo Peruano de Arbitraje, en: <<http://www.limaarbitration.net/start.htm>>.

<sup>138</sup> Ver KUNDMÜLLER, FRANZ. «Apuntes sobre arbitraje». *Revista Advocatus* 11-2004-II, Universidad de Lima, pp. 361-372.

<sup>139</sup> Ver SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú». *Revista Peruana de Arbitraje*, 2006, N° 2, pp. 15-66, Lima.

<sup>140</sup> Ver KUNDMÜLLER, FRANZ. «Arbitraje peruano para el siglo XXI». *Jurídica. Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial El Peruano*, año 3, martes 3 de junio de 2006, N° 97, p. 7.

<sup>141</sup> Ver CARBONNEAU. Ob. cit.

<sup>142</sup> Ver VON MEHREN, Robert. «An International Arbitrator's Point of View». *American Review of International Arbitration*, 1999, N° 10.

<sup>143</sup> Ver CHOI, Stephen. «The Problem with Arbitration Agreements». *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, 2003, pp. 1233-1240.

pero no equivalentes de solución de controversias, a ser integradas por los ordenamientos jurídicos; pero a su vez, discurren por sus respectivas vías. Dichas vías son: la procesal en sede judicial y el *iter* en sede arbitral.

#### 2.4. Los AII y la *Lex Mercatoria Procesal*

En los arbitrajes derivados de los AII, la decisión respecto del lugar del arbitraje se convierte en un factor relevante. Sin embargo, en un mundo como el actual, donde la tecnología presenta avances significativos en el campo de las comunicaciones, cada vez es menos importante el lugar del arbitraje y cada vez se confirma una marcada tendencia a favor del arbitraje gestionado en «tiempo real» mediante el uso de tecnologías de la información y comunicaciones.<sup>144</sup>

Como se ha precisado, los efectos del proceso de incremento de densidad de la última globalización tienen que ver principalmente con el flujo transfronterizo de recursos.<sup>145</sup> De donde deviene en algo lógico que los medios de solución de controversias también puedan contar con estructuras jurídicas que trasciendan a los límites de los Estados, pero cuyos efectos y resultados puedan ser materializados al interior de estas.

De ahí la relevancia de la convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras,<sup>146</sup> como uno de los tratados multilaterales que cuenta con el mayor volumen de países ratificantes en el mundo<sup>147</sup> y que hace viable la ejecución de laudos arbitrales más allá de las fronteras territoriales.<sup>148</sup> En la actualidad se le identifica como un elemento unificador por excelencia del derecho arbitral global, debido a las diversas disciplinas y principios arbitrales que comprenden sus pocos artículos. Algo similar deriva de la utilización creciente de la ley modelo de UNCITRAL y de las reglas de la International Bar Association (IBA)<sup>149</sup> para la

<sup>144</sup> Ver KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Ob. cit.

<sup>145</sup> Ver TEUBNER, Gunther. Ob. cit.

<sup>146</sup> Ver CANTUARIAS, Fernando. «Convención de Nueva York vs. Convención de Panamá». *Revista Laudo*, Lima, American Chamber of Commerce (AMCHAM), noviembre de 2004, N° 4. Ver también CREMADES, Bernardo. «Regulación nacional del arbitraje y el Convenio de Nueva York». *Revista Peruana de Arbitraje*, diciembre 2005, N° 1, Lima.

<sup>147</sup> Ciento treinta y ocho Estados Partes a octubre de 2006. Ver: <[http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)>.

<sup>148</sup> En lo que concierne a arbitrajes inversionista – Estado sujetos al CIADI y en el marco del Tratado CIADI, el laudo se ejecuta como una sentencia nacional en el país miembro del CIADI y por ende no se requiere aplicar la Convención de Nueva York. Sin embargo, es usual que los AII contengan reglas que permiten que el inversionista pueda escoger la vía que le convenga, mediante cláusulas del tipo «bifurcación de caminos» —fork on the road—, siendo que una de las alternativas usualmente es recurrir al CIADI.

<sup>149</sup> Ver: <<http://www.ibanet.org/images/downloads/IBA%20rules%20on%20the%20taking%20of%20Evidence.pdf>>.

actuación de pruebas del año 1999, conformando así lo que la doctrina denomina como la emergente *Lex Mercatoria Procesal*.<sup>150</sup>

En lo que concierne a la relación que existe entre inversionistas y Estados, es necesario destacar que es uno de los casos donde nos encontramos jurídicamente ante una estructura de carácter híbrido, público-privada. Sin embargo, esto no ha impedido que el arbitraje en inversiones se expanda geoméricamente durante la última globalización.

Es decir; su carácter híbrido, lejos de convertirse en un factor limitador para su desarrollo, no ha afectado en absoluto las posibilidades de evolución de este medio de solución de controversias y cumple un importante rol en la ecuación de la relación trilateral que supone el DII entre el inversionista, el Estado que corresponde a su nacionalidad y el Estado receptor de la inversión.

Por un lado, desde un punto de vista netamente de Derecho Internacional Público, no cabe duda que los tratados y acuerdos internacionales que conforman el DII nos remiten a la Convención de Viena<sup>151</sup> sobre Derecho de los Tratados así como a la doctrina de la responsabilidad de los Estados,<sup>152</sup> en el marco de la interacción internacional entre estos. A ello se le suma la doctrina de la solución pacífica de conflictos entre Estados, a partir de la Convención de La Haya de 1899.<sup>153</sup>

Pero de otro lado, la relación entre Estados estructurada a partir de los AII contrasta con las responsabilidades inherentes al Estado en su eventual relación con el inversionista extranjero. Esta relación se expresa mediante contratos comerciales, de concesión o en los derivados de los procesos de privatizaciones llevados a cabo bajo el ámbito de aplicación de los AII y en el contexto del DII. Las privatizaciones y concesiones tuvieron una gran expansión en América Latina; en especial, desde los años noventa.<sup>154</sup>

De esto último se deriva que no necesariamente el incumplimiento o la violación de un contrato implicarán una violación a las disciplinas contenidas en un AII. Esto dependerá de cómo hayan sido estructuradas las estipulaciones contenidas en el respectivo AII. Es usual que estos incorporen normas sustantivas en materia de DII acompañadas de las normas adjetivas para la solución de controversias.<sup>155</sup>

---

<sup>150</sup> Ver KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Ob. cit.

<sup>151</sup> Ver: <<http://web.archive.org/web/20050208040137/http://www.un.org/law/ilc/texts/treatfra.htm>>.

<sup>152</sup> Ver la información que ofrece el Centro Lauterpacht en: <<http://cil.law.cam.ac.uk/projects/state.php>>.

<sup>153</sup> Ver DONNER, Ruth. «The Procedure of International Conciliation: Some Historical Aspects». *Journal of the History of International Law* N° 1, 1999, pp. 103-124.

<sup>154</sup> Ver CEPAL. «La inversión extranjera en América Latina y El Caribe». Informe de 1997. <<http://www.cepal.cl/publicaciones/xml/1/4261/indice.htm>>.

<sup>155</sup> Ver KUNDMÜLLER, Franz. «El arbitraje en los AIIs: 2005- 2006. Balance general e innovaciones». *Revista Peruana de Arbitraje*, 2006, N° 3, Lima.

En materia de normas sustantivas, se suele clasificar el ámbito de aplicación del AII, la definición de inversión, los derechos de establecimiento, la cláusula de la nación más favorecida, las disciplinas jurídicas de DII como el trato justo y equitativo, el trato nacional, la protección y seguridad plenas, el régimen de expropiaciones, el régimen de transferencias, entre otros conceptos y disciplinas usualmente incorporadas a un AII.

En el caso de las disposiciones adjetivas, como ya se ha adelantado, se trata de las normas que regulan la aplicación de los respectivos medios de solución de controversias contenidos en el AII. De donde fluye que, en términos generales, la violación de las disciplinas sustantivas en el AII daría lugar a que el inversionista pueda activar las reglas arbitrales y de solución de controversias contenidas en el mismo AII en contra del Estado receptor de la inversión extranjera.<sup>156</sup>

Pero de otro lado, esto no impide que el arbitraje esté sometido a los parámetros de los principios arbitrales recogidos por la llamada *Lex Mercatoria Procesal*. En consecuencia, la autonomía del arbitraje, su flexibilidad, la independencia e imparcialidad de los árbitros, la discrecionalidad de estos respecto del arbitraje, las libertades de las partes para desarrollar el arbitraje y otras características comunes en el Derecho Arbitral, estarán también presentes en este tipo de arbitraje, en la medida que ello derive del respectivo AII.

## 2.5. Arbitraje en inversiones, ¿crisis de legitimidad?

En los últimos años se ha producido un importante volumen de jurisprudencia arbitral en los arbitrajes inversionista – Estado. Excepcionalmente, también se ha producido alguna jurisprudencia arbitral contradictoria en este tipo de arbitraje.

Esto se ha debido a diversas razones; entre otras, al carácter descentralizado e híbrido de este medio de solución de controversias, que en algunos casos ha permitido que controversias muy similares sean sometidas a arbitrajes diferentes, generando resultados contradictorios entre sí.

Esto es lo que ocurrió en los casos *Lauder*, derivados del TBI que existe entre la República Checa y EE.UU., en donde se han emitido laudos contradictorios sobre la misma materia y mediante la actividad de tribunales arbitrales radicados respectivamente en Suecia y en el Reino Unido. Algo similar ocurrió en el caso *SGS vs. República de Pakistán*, en el marco del TBI Suiza – República de Pakistán, por contraste

---

<sup>156</sup> Ver SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 552.

con el caso *SGS vs. República de Filipinas*, en el marco del TBI Suiza – República de Filipinas, habiéndose producido laudos contradictorios sobre la misma materia.<sup>157</sup>

También se han dado algunos resultados contradictorios en laudos derivados de arbitrajes entre inversionistas y Estados, en el marco del NAFTA, como ocurrió en tres casos en donde los tribunales arbitrales produjeron decisiones divergentes sobre el alcance del estándar «trato justo y equitativo», como ocurrió en *S.D. Myers vs. Canadá*; *Metalclad Corporation vs. EE.UU. Mexicanos* y *Pope & Talbot, Inc. vs. Canadá*.<sup>158</sup> En consecuencia, en el arbitraje entre inversionistas y Estados se generan soluciones del tipo «caso por caso», a partir de cada AII en particular.<sup>159</sup>

De otro lado, desde la doctrina se formulan cuestionamientos respecto del contraste que existe hoy entre el Derecho Internacional consuetudinario y los regímenes establecidos en los AII. En tal sentido, se suelen destacar las dificultades y contradicciones que aún subsistirían en este campo. De donde se colige que, por ejemplo, es un asunto controvertido doctrinariamente el determinar en qué medida en el pasado el Derecho Internacional consuetudinario protegía los contratos y relaciones jurídicas existentes entre los Estados o los existentes entre sus entidades públicas con particulares extranjeros. Y lo es, del mismo modo que ahora también es discutible determinar lo mismo a partir de los diversos AII.<sup>160</sup> Sin embargo, de esta manera se genera la base para la evolución jurídica de los AII, la misma que se expresa en el paulatino perfeccionamiento de sus contenidos.<sup>161</sup>

Dichos contenidos se encuentran en proceso de perfeccionamiento. Como se ha explicado, comprenden disciplinas jurídicas referidas al Derecho sustantivo y al Derecho adjetivo del DII. Sin embargo, surgen diversas interrogantes: ¿cuál es el alcance o la posibilidad de aplicar a los contratos eventualmente cubiertos por un AII las normas contenidas en dichos acuerdos?, o por el contrario, ¿cuál es la posibilidad de aplicar normas nacionales pero internacionalmente relevantes a los conflictos derivados de los AII? De otro lado, ¿cuál es la relación entre el arbitraje internacional basado en los AII o la relación de este tipo de arbitraje con los medios de solución de controversias establecidos contractualmente?<sup>162</sup>

---

<sup>157</sup> Ver FRANCK, Susan. «The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions». *Fordham Law Review*, 75 *Fordham L. Rev.*, 2005, p. 1521.

<sup>158</sup> *Ib.*

<sup>159</sup> Ver WÄLDE, Thomas. «The Umbrella (or Sanctity of Contract/Pacta sunt Servanda) Clause in Investment Arbitration». *Transnational Dispute Management*, vol. 1, octubre de 2004, N° 4, pp. 1-87.

<sup>160</sup> *Ib.*, pp. 1-2.

<sup>161</sup> Ver KUNDMÜLLER. *Ob. cit.*

<sup>162</sup> Ver WÄLDE. *Ob. cit.*

En suma, son asuntos que vienen siendo discutidos y resueltos «caso por caso» y dependiendo de cada AII en particular. En términos generales, los factores a tomar en consideración para determinar los diversos escenarios que pueden configurarse a partir de un arbitraje en inversiones, están determinados por la evaluación integral de la fuente del Derecho, sea este un contrato o un tratado, la determinación del contenido del Derecho, las partes en la reclamación, la determinación de la ley aplicable, la eventual responsabilidad del Estado receptor de la inversión, entre otros.<sup>163</sup>

De otro lado, de conformidad con algún sector de la doctrina y a partir de la producción de algunos laudos arbitrales contradictorios e inconsistentes entre sí, como los citados líneas arriba, en la actualidad se estaría produciendo una crisis de legitimidad en materia de arbitraje entre inversionistas y Estados.<sup>164</sup> Esto se debería a una gama de factores, comenzando por el incremento sostenido en el volumen de este tipo de arbitrajes con posterioridad al año 1995, a partir de un sistema jurídico descentralizado como el del DII, que durante décadas implicó la realización de muy pocos arbitrajes y cuya casuística tiende a evolucionar geométricamente.

En efecto, hasta poco antes de 1995 solo un puñado de arbitrajes a escala mundial se refería a controversias derivadas de los AII. En los últimos cinco años, se registra una gran expansión en el número de estos casos. En la actualidad hay decenas de casos de este tipo, donde se litiga por montos que van de US\$ 120 millones a montos de miles de millones de dólares en contra de Estados.<sup>165</sup> En el gráfico N° 3 se ve la expansión del arbitraje inversionista – Estado tanto en el marco del CIADI —siglas en inglés: ICSID—, como en el caso de los arbitrajes *ad hoc* que ha registrado la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) hasta el año 2005.<sup>166</sup>

La consecuencia de esta proliferación de casos generaría una mayor propensión a producir una jurisprudencia contradictoria, debido también a que las decisiones sobre asuntos de alcance público y con consecuencias políticas y económicas se han venido resolviendo en privado. De este modo, la secuela y la información derivada

---

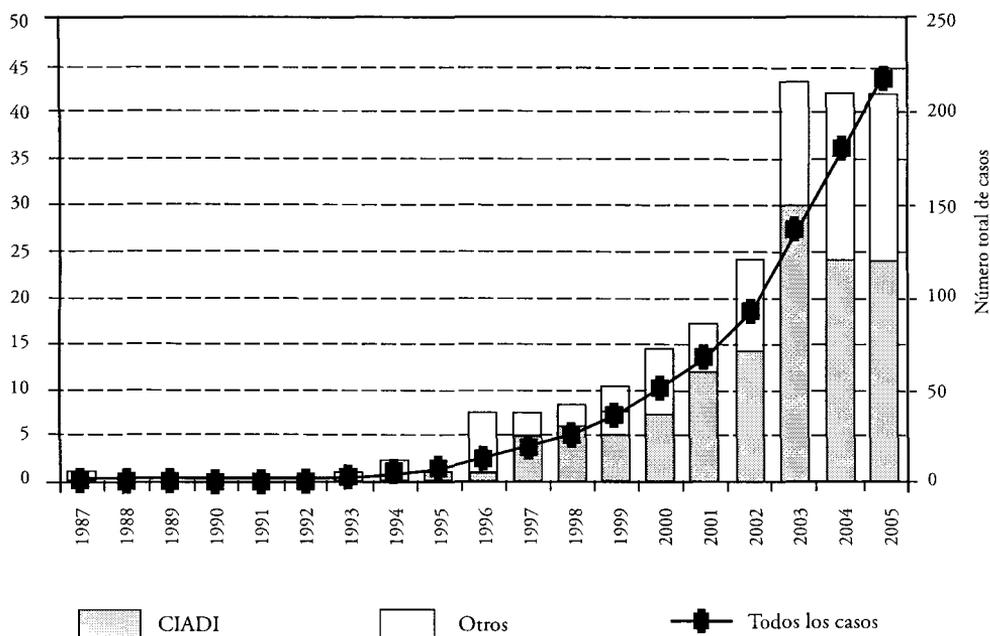
<sup>163</sup> Ver CREMADES, Bernardo y David CAIROS. *La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y los tratados*. Real Instituto El Cano de Estudios Internacionales y Estratégicos.

<sup>164</sup> Ver FRANCK, Susan. Ob. cit.

<sup>165</sup> El caso argentino es emblemático, debido a la *pesificación* de su economía y a que hacia noviembre de 2005, UNCTAD había computado 42 casos arbitrales inversionista – Estado presentados en contra de dicho país. El segundo lugar correspondía a México con diecisiete casos, el tercer lugar a los Estados Unidos de América con once casos y el cuarto a la India con nueve casos. Ver UNCTAD. *Investor State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development. Nueva York y Ginebra: UNCTAD /ITE/IIT/2005/4, p. 69.

<sup>166</sup> Ib., p. 4.

Gráfico N° 3



de dichos arbitrajes no sería conocida en otros casos en curso, haciendo inviable los esfuerzos de armonización que reclama algún sector de la doctrina. Adicionalmente, se sostiene que los tribunales arbitrales emiten decisiones contradictorias sin que exista una instancia superior a la cual recurrir. Además, en el pasado, a diferencia de la actualidad, no era frecuente que se diera la duplicidad de casos arbitrales en materia de inversiones, ya que había muy pocos casos.<sup>167</sup>

Todos estos factores tampoco se encontraban considerados como preponderantes para el análisis por parte de la doctrina especializada. A su vez, el ICSID<sup>168</sup> ha procedido recientemente a modificar su reglamento para eliminar las duplicidades e inconsistencias.<sup>169</sup> Esto se extendería también a otros arbitrajes *ad hoc*, fuera del ámbito de aplicación de la normativa de ICSID, a lo que se suman nuevas reglas en los AII, para prevenir las estrategias de defensa que formulan los abogados especializados en DII.

<sup>167</sup> Ib. pp. 1559-1582.

<sup>168</sup> Por la sigla en inglés del Centro Internacional de Arreglo de Disputas entre Inversionistas y Estados del Banco Mundial o CIADI. En: <[www.icsid.org](http://www.icsid.org)>.

<sup>169</sup> Ver más detalles sobre la iniciativa de reforma de las reglas de ICSID, por parte de la Secretaría General en octubre de 2004, en: <<http://www.worldbank.org/icsid/sug-changes.htm>>. Ver comentarios a las propuestas de modificación por el International Institute for Sustainable Development (IISD) en: <<http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?pno=667>>.

En el ámbito de las controversias inversionista – Estado se suelen poner en práctica una serie de tácticas para formular reclamos contra Estados, mediante la utilización simultánea de diversos foros o utilizando las ventajas que se puedan obtener a partir del «*forum shopping*». <sup>170</sup> De esta manera se busca lograr que se resuelva la misma disputa en diversas jurisdicciones o foros, incrementando las probabilidades de éxito. <sup>171</sup> Ante esta práctica, los AII más recientes incluyen reglas del tipo «*fork on the road*» o «bifurcación de caminos», que limitan las posibilidades del «*forum shopping*», pues una vez adoptada la vía procedimental respectiva, se excluye el recurso a las demás vías contenidas en el AII. <sup>172</sup>

En todo caso, el arbitraje en inversiones se está desarrollando con una dinámica sin precedentes, de donde cabe destacar que más que una crisis de legitimidad, lo que existe es un proceso evolutivo acelerado, que determina la introducción de cambios en la configuración de los AII, es decir, en sus normas sustantivas y adjetivas.

El surgimiento de nuevos modelos de regulación es parte de este proceso y para lo cual basta comparar la gama de disposiciones contenidas originalmente en el capítulo XI de inversiones del NAFTA con lo que son las reglas que existen en la actualidad en otros AII más recientes, en donde la jurisprudencia arbitral y otras experiencias de los últimos diez años ya han sido tomadas en cuenta.

Es el caso, por ejemplo, del TLC Chile – Estados Unidos, el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, el TLC Australia – Estados Unidos, entre otros TLC y TBI. En efecto, los últimos AII ya incorporan normas que inciden en aspectos como el interés público, mediante la apertura y publicidad de las actuaciones arbitrales y mediante la posibilidad de que participen terceros o *amicus curiae*, a lo que se suma el incremento de las medidas para garantizar la transparencia y el ejercicio de las atribuciones administrativas y regulatorias de los Estados. Otro elemento incorporado en la actualidad a estos AII más recientes, es el que se refiere a la posibilidad de contar con una segunda instancia, dejando esta alternativa a una futura negociación entre los Estados parte en el AII. <sup>173</sup>

---

<sup>170</sup> Ver PETERSMANN, Ernst Ulrich. *Justice as Conflict Resolution, Proliferation, Fragmentation and Decentralization of Dispute Settlement in International Trade*. EUI Working Paper LAW 2004/10.

<sup>171</sup> Ver FRANCK. Ob. cit., p. 1582.

<sup>172</sup> Ver artículo 10.18.2.b.ii del APC Perú – EE.UU. en: <<http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/10.Inversion.pdf>>.

<sup>173</sup> KUNDMÜLLER. Ob. cit.

### 3. Conclusión

Se ha destacado en este trabajo que la densidad de las globalizaciones es variable y cómo estas, a lo largo de la historia, comprenden diversos efectos dinamizadores o «densificadores» que se expresan en el Derecho y la economía, a los que se suman las variadas facetas y aristas que comprende la última globalización, incluido el impacto de las nuevas tecnologías de la información y comunicaciones.

En el caso específico de la expansión transnacional del comercio, las inversiones y de las transacciones financieras, encontramos elementos que inciden decididamente en la creciente sofisticación del proceso de globalización económica y jurídica, en particular, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, pero muy en especial, a partir de la caída del Muro de Berlín y de la disolución de la Unión Soviética.

Uno de los ámbitos donde esta mayor densidad y sofisticación se aprecia con especial énfasis, es justamente el arbitraje en inversiones. El crecimiento en el volumen de los AII, así como la actual preeminencia de los TLC y de los TBI como estructuras jurídicas que contienen reglas propias del DII y de sus respectivos medios de solución de controversias, permiten verificar el desarrollo de un proceso acelerado de evolución jurídico-económica.

Adicionalmente, en estos tiempos ya resulta indiscutible la creciente importancia de la *Lex Mercatoria* en el marco del comercio internacional. Esta constatación nos lleva a buscar similitudes, aunque en otra escala y dimensión, con el proceso jurídico-económico que se vivió en Europa hacia los siglos XI y XII, anteriores al surgimiento y consolidación del estado moderno.

Del mismo modo, el DII, si bien se configura a partir de una estructura jurídica no centralizada, muy similar a la *Lex Mercatoria* de los siglos antes mencionados, también ofrece significativos niveles de homologación a partir de las disciplinas que se regulan esencialmente a nivel bilateral entre los países. A su vez, en el caso del arbitraje, emerge una concepción jurídica indispensable para el proceso de transnacionalización económica, a partir de la instauración del arbitraje como *Lex Mercatoria Procesal*. Esto se puede verificar en forma creciente en la práctica arbitral comparada.

Aunque cuenta con características jurídicas propias, el arbitraje en inversiones no es ajeno a esta concepción; en particular, por la forma como se desarrolla el *iter* arbitral y por contraste con el proceso judicial. En tal sentido, una serie de principios arbitrales han sido recogidos en diversos instrumentos jurídicos del DII, a partir de múltiples factores homologadores. A esto último se le suma el proceso de especialización arbitral que también integra la dinámica de evolución del arbitraje en inversiones, de donde fluye que en materia de arbitraje en inversiones no habría actualmente una

crisis de legitimidad sino un proceso evolutivo acelerado que determina la inclusión de nuevas estipulaciones en los AII, atendiendo a temas otrora no considerados, como el interés público y la mayor transparencia en este tipo de arbitrajes, entre muchos otros factores.

Es desde esta perspectiva que hoy resulta pertinente y necesaria la reflexión doctrinaria que aborde la problemática y perspectivas del arbitraje, tomando principalmente en consideración que en occidente y hacia el siglo XI, ya los contenidos arbitrales esenciales se plasmaban en la práctica de las «*Piepowder Courts*» —«*pié poudres*» o «*piedi polvorosi*»—<sup>174</sup> que operaban en las principales ciudades y ferias comerciales europeas.

Sin embargo, y a manera de reflexión final, cabe advertir que otra y más amplia es la discusión de si el DII tiende o no a convertirse en una suerte de *Lex Mercatoria* o *Law Merchant* en materia de inversiones y en forma similar al cuerpo jurídico descentralizado que se encontraba vigente en las ciudades y ferias antes mencionadas.<sup>175</sup>

Por cierto que podrían haber ciertos «vasos comunicantes» que permitirían demostrar esta hipótesis, en particular a partir de la noción de arbitraje. Pero como bien advertía John S. Ewart en 1903:<sup>176</sup>

The Law Merchant, it is suggested, is still in existence. May we not yet have hope in the lineotype? Or, happy thought, that Marconi may some day, unsuspectingly catch the thing? If emanations can reach him —from anywhere, why not from everywhere? Why not from the home of Teufelsdröch- Weissnichtwo?

Por todo esto, no debería de extrañar a las futuras generaciones constatar que la *Lex Mercatoria Procesal* seguirá vigente en la forma de diversas competencias arbitrales especializadas, incluido el arbitraje en inversiones.

---

<sup>174</sup> GROSS. Ob. cit.

<sup>175</sup> EWART. Ob. cit.

<sup>176</sup> Ib., p. 154.