

Apuntes sobre Derecho Público en tiempos de Globalización

FRANZ KUNDMULLER CAMINITTI

SUMARIO:

1. Derecho público. 1.1. El tránsito hacia un derecho dinámico y *relacional*. 1.2. El derecho público, derecho al fin y al cabo. 1.3. Derecho público y consideraciones políticas. 1.4. ¿Y lo económico?. 2. Globalización. 2.1. Las infinitas definiciones de globalización. 2.2. La globalización, el muro y las múltiples raíces del fenómeno; relevancia del «*ius mercatorum*». 2.3. Globalización y tecnologías de la información y de la comunicación. 2.4. Algunas estadísticas y el complicado panorama de las relaciones internacionales. 2.5. La globalización desata pasiones, antagonismos y la aplicación simultánea de diversos modelos y prácticas, desplegadas por los más variados actores. 2.6. El mundo sin «gobierno central» y la última globalización en marcha. 2.7. En conclusión, ¿cuáles son los límites de la *auctoritas* local?.

1. DERECHO PÚBLICO

1.1. El tránsito hacia un Derecho dinámico y relacional

Referirse al Derecho Público implica, desde el punto de vista jurídico, recurrir a las fuentes doctrinarias que permitan encontrar algunos significados y definiciones; en particular, a partir de su vinculación con una gama de aspectos y temas del Derecho y de la Sociedad (Cultura, Economía, Política), pero sin dejar de lado en la reflexión, la relevancia de las normas de Derecho Público que incluye el ordenamiento positivo.

Por lo pronto, existen diversas perspectivas para abordar el tema en mención. Lo haremos sintéticamente y sin ánimo de agotar la discusión sobre la compleja naturaleza del Derecho Público, pero buscando sí una conexión con el escenario que ofrece la globalización. Advertimos entonces de antemano que la inquietud y el entusiasmo por estudiar la naturaleza del Derecho Público, excede con creces los alcances y necesarios límites de este artículo.

Asumiremos desde ya la perspectiva principista que (desde el Perú) postuló Guerra, elaborando intelectualmente, de forma prospectiva y a partir del «zócalo epistemológico» planteado por Foucault, lo que deno-

minó como una nueva visión necesaria del Derecho, a partir del dinamismo de la realidad:

«(...) dentro de un universo dinámico, donde todo cambia, las relaciones entre las cosas serán igualmente dinámicas y modificables. En el caso de nuestro estudio, creemos que este «zócalo epistemológico» del Derecho ha cambiado de una concepción inmutable a una concepción dinámica y relacionante.»¹

Estas líneas fueron escritas a fines de los años sesenta por este destacado jurista y filósofo peruano. Era una época muy distinta a la que nos toca vivir, pero la lucidez de su razonamiento, así como la nitidez de sus observaciones, quedaron plasmadas en la necesidad de resaltar un tránsito, para muchos imperceptible en el mundo y en el universo del Derecho de aquella época. Hoy este tránsito se materializa a una velocidad vertiginosa, sin embargo, tan evidente proceso pasa aún desapercibido para muchos, que prefieren anteponer la dogmática a la realidad, la carreta delante de los caballos.

1.2. El Derecho Público, Derecho al fin y al cabo

Del Vecchio, luego de revisar una gama de posiciones doctrinarias correspondientes a diversas épocas, adelantaba hace ya algunas décadas, adoptando una posición maximalista de índole iusnaturalista, que tanto las normas taxativas como las dispositivas constituyen finalmente un *ius cogens*. Este *ius* entraña siempre un carácter imperativo. En consecuencia, y en la práctica, lo cierto es que todo el Derecho es coactivo, en cuanto él mismo establece los límites de su coactividad e imperatividad, dentro de la jerarquía normativa que corresponda, de modo que no será coactivo aquello que el mismo Derecho establezca como no coactivo.² Como se puede apreciar, esta concepción se acerca más a la definición del Derecho estático antes que a la concepción del Derecho dinámico y *relacionante*.

De otro lado, también es cierto que el Derecho, constitucionalmente entendido como un sistema jurídico positivo, no puede ser alterado o modificado unilateralmente o por el acuerdo de voluntades de los particulares,

1. GUERRA MARTIENERE, LUIS FELIPE. *Algunos Aspectos Principistas de un Nuevo Derecho*. En: *Derecho*, N° 27, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1969. p. 86.

2. DEL VECCHIO, GIORGIO. *Filosofía del Derecho*. Tomo I, Editorial UTEHA, México, 1946, p. 136 y ss.

rebasando los límites establecidos por las normas taxativas y de obligatorio cumplimiento. Es decir, como es obvio, el acuerdo de voluntades entre particulares y la declaración unilateral de voluntad, se circunscriben necesariamente a los alcances del correspondiente sistema jurídico, doméstico o internacional, y tendrán que estar ajustados a lo que diacrónicamente se haya dispuesto en el universo de disposiciones que comprenden las normas de dicho sistema jurídico, el mismo que obedece además a un espacio territorial específico y sobre el cual un Estado ejerce soberanía modernamente.³

Pero junto a este lugar común, constatamos que también es cierto que el Derecho entraña la creación de diversas teorías que lo explican y que le otorgan fundamento en términos abstractos y en espacios de reflexión intelectual. Dichos espacios ciertamente escapan al exclusivo universo del Derecho plasmado en normas jurídicas adscritas a determinado sistema jurídico. Tal es el caso, por ejemplo, de la Teoría Reflexiva del Derecho, la Teoría Jusnaturalista, la Teoría Positivista y así sucesivamente.

Finalmente, la doctrina y sus teorías del Derecho constituyen un fundamento universalmente aceptado, discutido y recurrido para la producción legislativa de los Estados, salvo algunas excepciones, como la curiosa situación que se generó a partir de una jurisprudencia de la Corte de Casación Francesa del 14 de julio de 1843, recaída en el caso *L'alliance con Prunier*, que a partir del Siglo XIX influyó en el desarrollo legislativo del arbitraje en el Derecho Continental Europeo.⁴ Se generó así una situación *sui generis* para el Derecho, en orden a que se trata de uno de los pocos

3. Lo moderno, la modernidad e incluso al Estado Moderno, se mencionan en este trabajo también en función de un modelo de civilización, encontrando en Giusti una interesante definición que permite una visión transversal de la cosa moderna; por cierto, no solamente enfocada a partir de la concepción «trifuncional» del Estado o a partir de la tan mentada división de Poderes legada por el Iluminismo y sus hijos más destacados:

«(...) modelo de civilización animado por el predominio de la racionalidad (...) en todos los ámbitos del conocimiento y de la realidad: El único saber admisible es el científico y el orden social se instaura por decisión de los hombres libres e iguales, el orden político obtiene su legitimidad de la soberanía popular, el orden económico reposa sobre el valor del trabajo y la rentabilidad productiva, el orden jurídico solo reconoce leyes justificables racionalmente (...) y, en todos los casos, el dominio de la racionalidad se ejerce por medio de la aplicación práctica de los conocimientos científicos, vale decir, por el desarrollo tecnológico.» En: GIUSTI, MIGUEL (1999) *Alas y Raíces Ensayos sobre Ética y Modernidad*, 2da Edición. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial; p. 273.

4. MOREAU, BERTRAND ET DEGOS, LUIS. *La clause compromissoire réhabilitée*. 2001 En: http://www.oec-paris.fr/acaref/capacaref_presse3.pdf (consultado en setiembre 2004)

casos en que se puede advertir que los procesos de producción legislativa encontraron una alta motivación de base jurisprudencial, antes que una de sustento jurídico doctrinario.⁵

Regresando a Del Vecchio, podemos afirmar liminarmente que, conforme a una posición maximalista, no habría diferencias entre el Derecho Público y el Privado, en orden a que, *in fine*, ambos son Derecho y tienen que ser cumplidos, destacando en cada caso la presencia de determinados grados de coercibilidad y consenso, que legitiman *a priori* lo jurídico y aseguran el acatamiento o cumplimiento de la normativa preestablecida, contribuyendo a preservar la seguridad y la viabilidad del sistema jurídico, con todo lo que ello implica en términos políticos, sociales y económicos.

De donde se advierte lógicamente la relevancia del Estado (moderno y civilizado), como soporte protagónico de la estructura jurídica, así como la vinculación de los factores antes nombrados, tanto por el ejercicio de sus tres funciones modernas (legislativa, judicial y ejecutiva), como por la necesidad de asegurar la gobernabilidad, que no es otra cosa que la viabilidad política de una Nación sobre la base del legítimo ejercicio del poder, en el marco de un Estado de Derecho. Esto no quiere decir que desde la historia del Derecho no se pueda constatar la producción de otros aportes, como el de Donato Gianotti en el año 1530; quien postuló la necesidad de incluir como función básica y originaria del Estado, la de relaciones internacionales a la par que la judicial, la ejecutiva y la legislativa.⁶

Pero junto a esta concepción amplia y estable de lo público y el rol del Estado, también es usual encontrar que actualmente los contrastes y las diferencias entre lo público y lo privado, lo nacional y lo internacional, no suelen ser de carácter pacífico ni cuentan con fronteras claramente definidas. Ello nos permite regresar a la necesidad de reconocer, siguiendo al profesor Guerra, que la inmutabilidad del Derecho justamente ha sido trascendida por la necesidad pragmática de contar con un derecho dinámico y *relacionante*, que viene creciendo paulatinamente y, en particular, en los últimos veinte años.

5. Cf. CANTUARIAS, FERNANDO y ARAMBURU, MANUEL D. El Arbitraje en el Perú: Desarrollo Actual y Perspectivas Futuras, Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1994, p. 125 – 126.

6. PETERSMANN, ERNST-ULRICH. *The Transformation of the World Trading System through the 1994 Agreement Establishing the World Trade Organization*, European Journal of International Law, Vol. 6. European University Institute, 1995, p. 162.

Y es a partir de esta perspectiva que, también modernamente, encontramos el contraste entre el dominio público y el dominio privado, en donde la naturaleza del dominio determina, al menos teóricamente, las diferencias entre uno y otro ámbito. Similar situación encontraremos en el caso del Derecho Público, en contraste con el Derecho Privado, distinción que para algunos autores como Arce, se encuentra actualmente en crisis y que nos permite graficar el panorama contemporáneo en materia de Derecho Público:

«(...) la antigua distinción entre derecho público y derecho privado, ya originalmente oscura y polémica, ha acentuado estos caracteres, generalizándose en la doctrina la alusión a la entrada en crisis de tan antigua distinción, antaño de carácter fundamental y antiético.»⁷

De otro lado, si bien es cierto que los acuerdos de voluntades, el contrato y las demás instituciones jurídicas que implican el libre ejercicio de la capacidad de decisión de las partes, se van a tener que dar siempre dentro de lo jurídicamente lícito, también es cierto que ello tendrá que ser interpretado a partir del sistema jurídico, tomando en cuenta las normas vigentes o la ley aplicable a determinada relación o negocio jurídico. De donde se aprecia (también) que, por más que se incremente la demanda por un Derecho dinámico y *relacionante*, también es cierto que los procesos tradicionales de legitimación jurídica subyacen en este contexto y nos llevan a la necesidad de redefinir el rol del Estado como ente intrafronterizo, basado en la tríada nación, territorio y poder.

Por lo pronto, lo jurídicamente lícito está previsto y se encuentra generalmente preestablecido en el sistema jurídico, el mismo que incluiría o debería incluir a las prácticas consuetudinarias,⁸ debiendo la voluntad de las partes operar en forma armónica con el *status quo* en mención y quedando por principio vedada la autarquía (absoluta⁹) de las

7. Citado por GONZALES BARRÓN, GUNTHER. *El Concepto de Interés Público en el Código Civil Peruano*, En: Revista del magíster en Derecho Civil; Vol. 2-3, 1998-1999, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2002, p. 179.

8. Cf. Art. 149° de la Constitución Peruana

9. Un caso de legítima «autarquía relativa» en el ordenamiento jurídico peruano, es la que se produce cuando el sistema jurídico brinda tutela al arbitraje como institución jurídica que obedece a su propia lógica y a sus propias reglas, estableciendo, por ejemplo, la posibilidad de que los árbitros se pronuncien acerca de su propia competencia o que puedan ordenar de oficio la actuación de pruebas, concentrando una porción significativa del poder que supone el ejercicio arbitral, pero sin llegar a la autarquía absoluta.

partes¹⁰ respecto del sistema jurídico y, de los usos y costumbres aceptados por la colectividad,¹¹ pero sin descartar en el proceso la necesidad de reconocer la pluralidad que entraña el Derecho; en especial, el Derecho Peruano.¹²

Es así como, asumiendo una posición maximalista, todo el Derecho es en cierto sentido Derecho Público, en cuanto que el «elemento público», que es propio también de las normas de Derecho Privado, domina siempre también en éste, por encima de la esfera dejada al arbitrio de los individuos.¹³ Se trata acá de una concepción de lo público que alcanza un carácter general y se sustenta en la naturaleza del Derecho como elemento ordenador general de la Sociedad. Claro que una pregunta diferente es la que tiene que ver con la pregunta fundamental respecto de qué cosa es el Derecho.

De otro lado, se entiende que, desde una perspectiva «moderna» del Derecho, el elemento público de las normas legales obedece siempre a la racionalidad del sistema jurídico, en el marco de un Estado de Derecho, en un contexto social y económico determinado. Sin embargo, más allá de lo público, debemos reiterar que desde la doctrina encontraremos siempre diversos intentos por clasificar los alcances del Derecho Público, frente al Derecho Privado y viceversa. Nosotros preferimos la relación entre ambos, antes que el contraste conflictivo.

En consecuencia, si bien es cierto que en mayor o menor medida existen en los ordenamientos jurídicos diversas normas y principios que permiten distinguir ambas esferas o ámbitos entre sí, lo cierto es que, siguiendo a Arce, debemos reconocer que las fronteras no siempre están claramente definidas, sustentando ello la necesidad del análisis caso por caso y máxime cuando también el Estado puede actuar en el marco del Derecho privado y

10. Claro que debemos reconocer que el análisis planteado es elemental, pecando probablemente de teoricismo, pues la evaluación que provoca una realidad como la doméstica, obligaría necesariamente a tomar en cuenta una serie de elementos, como puede ser el alto nivel de informalidad de la economía, la corrupción, las deficiencias en materia de competitividad, entre otros. Y es a partir de estos elementos que habría que estudiar de qué *Status Quo* jurídico (o meta jurídico) estamos hablando.

11. DEL VECCHIO, GIORGIO. op cit, p. 137.

12. Sobre pluralidad legal peruana ver: GUEVARA GIL, ARMANDO. *Las causas estructurales de la pluralidad legal en el Perú*. 2005.

En: <http://www.iigov.org/biblioteca/printResource.drt?id=220>. (consultado en febrero 2005).

13. DEL VECCHIO, GIORGIO. Idem.

cuando se pueden dar funciones administrativas por delegación del Estado a favor del sector privado.

Desde otra perspectiva, un ejemplo *relacional* que puede servir para ilustrar las diferencias entre el Derecho Civil y el Derecho Público, es que en el primero rige el principio de que las partes pueden pactar en un contrato todo aquello que no está prohibido por la Ley, mientras que en el contrato administrativo, en el marco del Derecho Público, el funcionario (público) está obligado a contratar cumpliendo, entre otros, con el principio de legalidad y en el marco de las normas constitucionales a las que se sujeta su función, previstas éstas en los arts. 39 a 42.

En el primer caso y en un contexto privado, estamos resaltando las libertades garantizadas por el sistema jurídico moderno, mientras que en el segundo caso nos estamos basando en el principio de legalidad y en las funciones estatales (obligatorias) preestablecidas, pero ahora complementadas (y en evolución constante) por cuerpos jurídicos específicos, como las normas de transparencia en la gestión pública, austeridad y estabilidad fiscal, entre otras.

Sin embargo, el sistema jurídico podría admitir que en aquellos casos donde eventualmente exista vacío o carencia de una expresión taxativa en la norma administrativa pertinente, el funcionario tenga que decidir discrecionalmente. Pero nótese que esa decisión discrecional obedecerá siempre a determinados márgenes que garantizan el cumplimiento del fin público que supone la actuación del funcionario.¹⁴

Es decir, en este caso deberá el funcionario aplicar el principio de lo «razonablemente implícito» en la norma administrativa pertinente,¹⁵ pero en ningún momento quedará en libertad «absoluta» de aplicar el mismo criterio que aplica el civilista;¹⁶ por ejemplo, en la contratación producida en el marco del Derecho Civil y que versa sobre bienes de dominio privado. Un ejemplo de la aplicación de dicho principio lo encontramos en el Art. 65.1 sobre Ejercicio de la competencia, en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

-
14. SALAZAR, CH. RICARDO. *La Contratación de la Administración Pública en función a los Intereses involucrados en cada Contrato*; En: Revista Derecho & Sociedad, N° 23. Art. a ser próximamente publicado y gentilmente cedido por el autor. 2004.
 15. GORDILLO, AGUSTÍN. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Ara Editores, Fundación de Derecho Administrativo, Lima, 2003, p. X 20 - X 21.
 16. DROMI, ROBERTO. *Instituciones de Derecho Administrativo*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 158 y s.s.

En general, podemos entonces afirmar que la actuación jurídica de la administración, y por ende del Estado, se encuentra precisada por su fin y objeto. Éstos (fin y objeto) a su vez se encuentran establecidos en el sistema jurídico. Para comprender el alcance de lo dicho, también resulta pertinente tener en cuenta lo establecido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que en el Art. IV de su Título Preliminar, precisa la obligación a cargo de la Administración Pública para que actúe de conformidad con el Principio de Legalidad, *con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.*

Desde la perspectiva planteada, la Administración Pública *puede llevar a cabo no solamente lo razonablemente implícito en las normas sino también una serie de actos relativos a sus poderes inherentes o resultantes, los que se derivan de las funciones y de la finalidad que les atribuye el ordenamiento.*¹⁷ Pero atendiendo a lo dispuesto en el sistema jurídico peruano, incluso en el caso se presente alguna situación extrema de carencia de disposiciones legales específicas, se deberá aplicar el principio antes señalado.

A efectos del presente trabajo y formulando una primera elaboración elemental a partir de Del Vecchio, Gordillo y Dromi, asumiremos que estamos ante normas de Derecho Público, cuando nos encontremos ante disposiciones que se caracterizan por entrañar diacrónicamente un grado de imperatividad y/o de referencia a la actividad estatal central o periférica. Las normas de Derecho Público, por su propia naturaleza, no permiten la libertad de disposición para los que se encuentran bajo su ámbito y solo excepcionalmente admiten pacto en contrario. Su hilo conductor consiste en el hecho de, a partir de su promulgación, atender u orientarse en función de un fin público.

Dicho fin público, como hemos visto, supone la aplicación del principio de lo «razonablemente implícito», que condiciona diversos temas como el acto administrativo, la función y la competencia administrativas, entre otros, operando cuando la norma no incluya las disposiciones taxativas correspondientes y tanto en lo que concierne a la definición de competen-

17. FLEITAS ORTIZ DE ROSAS, ABEL. «La participación del ente único en los procesos de Licitación para la selección y contratación de los Prestadores de servicios públicos en la ciudad de Buenos Aires», 2004. En: <http://www.entedelaciudad.gov.ar/site/pdf/07LaParticipacionde-1EnteenlosProcesosdeLicitacion.pdf>

cias de los entes públicos, como en lo que concierne a la interpretación de la norma de Derecho Público.¹⁸

1.3. Derecho Público y consideraciones políticas

Sin embargo, cambiando de perspectiva, en este punto también podemos agregar, porqué no, que el Derecho Público consiste en *la organización de la soberanía, (...) del poder de imperio, que es el punto de apoyo y la base del ordenamiento jurídico, y que en sus determinaciones concretas puede personificarse, tanto en entes colectivos como en entes individuales.*¹⁹ El poder de imperio es además «indisponible», en términos generales y por ser inherente al Estado.

Esto encuentra expresión en diversas normas del sistema jurídico, como por ejemplo la Ley General de Arbitraje, Ley 26572, en la parte que regula la materia arbitrable y que establece que los actos de imperio del Estado quedan excluidos como materia arbitrable.²⁰ Pero también cabe apuntar acá la creación de híbridos normativos como el arbitraje administrativo en contrataciones y adquisiciones del Estado o el arbitraje obligatorio para el Estado, que otorga al sujeto pasivo de la expropiación, el derecho de llevarlo a cabo para discutir sobre el justiprecio y donde el Estado se encuentra forzado por la norma a concurrir como parte «demandada».²¹

De donde se puede apreciar la importancia del Derecho Público correctamente formulado y adecuadamente administrado, a partir de políti-

18. Sería interesante desarrollar la sistematización del Derecho Público peruano. En la actualidad, la normativa en mención se encuentra dispersa en diversos ámbitos que tienen que ver con lo doméstico y con lo internacional, abarcando normas de organización como las Leyes Orgánicas y siguiendo con las normas que reglamentan a las leyes a partir de Decretos Supremos, por solo mencionar una primera apreciación al universo del Derecho Público, que en la realidad normativa peruana abarca mucho más.

19. DEL VECCHIO, GIORGIO, Op.Cit, p. 139.

20. Si bien ese es el principio general, es necesario advertir también que en función de la gama de regímenes arbitrales domésticos e internacionales que admite el sistema jurídico peruano, también es factible que el Estado Peruano se encuentre sometido a la jurisdicción arbitral internacional, de conformidad con las disposiciones previstas en los tratados internacionales correspondientes, de donde cabe advertir que las reglas de la Ley General de Arbitraje permiten diversos niveles de análisis jurídico y no es suficiente enfocarse desde la perspectiva general de tratamiento del tema.

21. En efecto, es el caso de la Ley N° 26850, sus modificatorias y reglamentos, que establece el arbitraje necesario en la etapa de ejecución de los contratos desarrollados bajo el ámbito normativo de la precitada norma, mientras que en el tema de las expropiaciones, nos referimos a la Ley N° 27117.

cas de Estado que satisfagan el mandato conferido por la ciudadanía y como resultado del proceso político respectivo, en el marco de un Estado de Derecho. El asunto concerniente al *imperio* se traduciría también en una concepción de Estado que tiene que ver con la relación de éste con el ámbito internacional o global. En suma, del Estado como ente en el escenario internacional.

Sin embargo, este *imperio* ya no puede ser concebido como una característica estática del Estado, en orden a que evoluciona, cambia, crece, disminuye y adquiere toda esta dinámica, en un contexto muy peculiar como es el de la globalización, escenario *relacionante* por excelencia. Lo dicho nos remite nuevamente al siglo XVI de Gianotti y al ejercicio hipotético respecto de lo que hubiera sucedido si ya a partir de aquella época y posteriormente en tiempos del Iluminismo, la concepción del Estado Moderno hubiera incluido como una función primordial, esta cuarta función de las Relaciones Internacionales. Muy probablemente la historia de occidente hubiera sido muy diferente.

Pero regresando al interior de las fronteras territoriales, esta acepción basada en la *organización de la soberanía*, es también cercana a una idea de orden político²² y se encuentra vinculada a un concepto de autoridad (*auctoritas*) y ejercicio del poder. Pero referirse al ejercicio del poder, supone también ocuparse de las fuentes del poder. En el presente trabajo entendemos que, en el marco del Derecho Público, el Estado entraña un solo Poder, que a su vez se expresa en múltiples funciones,²³ pero que tiene origen democrático en el Poder Constituyente.²⁴

De las cuales, existen tres funciones principales (legislativa, ejecutiva y judicial), pero también existen una serie de funciones adicionales y subfunciones derivadas del mismo Poder antes mencionado. Todas estas funciones y subfunciones son ejercidas por una gama muy diversa de entidades y

22. En ese sentido, comparable con orden económico y con el orden jurídico. Pero a efectos de una mejor comprensión de la reflexión que pretendemos introducir, preferimos referirnos a los sistemas (antes que órdenes (jurídico, económico y político), los mismos que permiten articular una concepción de estructura de Estado de carácter interactivo y dinámico, acercándonos a una Teoría Reflexiva del Derecho.

23. DROMI, ROBERTO. Op. Cit. p. 75 y s.s.

24. El tema queda así planteado en términos teóricos. Sin embargo, requiere ser contrastado con la Historia del Perú, que no se caracteriza precisamente por su «exceso» de democracia.

se traducen en el ejercicio de funciones públicas, que en el caso peruano se encuentran limitados, por ejemplo, por el rol subsidiario del Estado dentro de la economía, previsto ello constitucionalmente.²⁵

Reiteremos entonces que el aspecto político no puede ser dejado de lado, en la visión de lo que abarca una concepción de Derecho Público. Ello, en tanto que nada hay «más público» que el ejercicio del poder y la autoridad de gobierno desde el Estado, en el marco de un sistema político también determinado por el ordenamiento jurídico y por las formas de organización social correspondientes.

Es así como de conformidad con la Constitución Política del Estado, la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana, extendiendo su imperio sobre el territorio de la República, conforme las leyes y tratados internacionales, los que, conforme el Art. 55 de la Constitución peruana, al haber sido celebrados por el Estado y encontrarse en vigor, *forman parte del Derecho Nacional*.²⁶

De ahí la relevancia de las políticas de Estado y de los medios adecuados para su formulación y ejecución, entendiendo que son éstas las que, correctamente diseñadas y estructuradas, facilitan la aplicación de la norma de Derecho Público, con posterioridad al ejercicio legislativo que la creó y que se plasma en nuevas normas de Derecho Público, que deben contribuir al bien común, a la viabilidad política, social y económica, así como a sustentar, fortalecer y consolidar la gobernabilidad nacional en democracia.

De otro lado y regresando a la doctrina, cabe citar a Dromi, cuando afirma algunas décadas después que Del Vecchio, que *es en el campo del Derecho Administrativo donde principalmente se ha realizado la categorización jurídica de lo político, siguiendo los parámetros del ordenamiento constitucional*.²⁷ Adicionalmente, es pertinente tener en cuenta que, según este autor, existe una *solución de continuidad* que vincula al Derecho Administrativo, la Constitución Política del Estado y los diversos subconjuntos que conforman la función administrativa.

-
25. HORNA Z, ZOILA. *La Actividad Empresarial del Estado*; En: Informativo Legal mensual, Estudio Jorge Avendaño V. Abogados, Lima, 2004, p. 12.
 26. Téngase en cuenta que esta incorporación de los tratados al Derecho Peruano no es pacífica, aunque tiene sus rasgos particulares en función del sistema jurídico doméstico.
 27. DROMI, ROBERTO. *Derecho Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001. p 29.

En consecuencia, es el Derecho Administrativo (y no otro tipo de Derecho) el que regula un sector de la actividad estatal, ubicándose como una rama importante del Derecho Público que, sin embargo, *proyecta en el plano existencial los principios axiológicos del Derecho Político y los principios normativos del Derecho Constitucional*.²⁸ No estaríamos entonces hablando solamente de la mera *praxis* política, al intentar un mayor acercamiento al Derecho Público, pues finalmente nos tendríamos que referir también y tener en cuenta, al Derecho Político y al Derecho Constitucional, para concluir que éstos le otorgan base jurídica y existencial al Derecho Público, siendo el Derecho Administrativo una de las ramas que emana de éste, pero en una línea de continuidad.

En este aspecto, es pertinente también tener en cuenta que la promulgación de la Ley del Procedimiento Administrativo General, constituye en el caso del Derecho Peruano, un avance significativo en el esfuerzo por ordenar la institución del procedimiento administrativo,²⁹ mediante una norma cuya promulgación demoró tal vez demasiado tiempo, pero que finalmente, una vez en vigencia, coadyuva al ejercicio *relacional* que supone la gestión pública, debido a la gama de instituciones reguladas, estableciendo así una buena base de Derecho Administrativo, que contribuye a la uniformización del mismo.

Desde esta perspectiva podemos adelantar que existen una serie de dispositivos legales que han sido promulgados en los últimos años y que desembocan en una variada gama de cambios en la estructura y definición del Derecho Público doméstico. Probablemente muchos de estos dispositivos implican una respuesta al eventual impacto que la Globalización haya venido generando desde la década de los años noventa en adelante, pero también demuestran que ha existido un ánimo o vocación interna para producir dichos cambios.

1.4. ¿Y lo económico?

Otra dimensión a tomar en cuenta es la que corresponde a los aspectos económicos y que tampoco puede ser dejada de lado. Esta dimensión complementa a las características señaladas anteriormente, puesto que es precisamente el tomar en cuenta los aspectos económicos o alcances económicos

28. Idem

29. Ver: DANOS, JORGE. *Comentarios al proyecto de la nueva Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos*, En Revista Themis, Segunda Época, No. 39, Lima, 1999, p. 237 y s.s.

(domésticos e internacionales) de la producción legislativa, lo que puede contribuir favorablemente, entre otras ventajas, a administrar inteligentemente los escasos recursos que se tengan que administrar en sede estatal, en especial, en un país como el Perú. Desde otra perspectiva, coincidimos con Haberle cuando precisa que:

«Critico intensamente esta idea de que todos los temas de la vida se miden mediante la economía y también debo señalar que la economía no es la base, sino que la economía es solo el instrumento para lograr otros propósitos. Se debe pensar en la economía de la manera más instrumental.»³⁰

Resulta necesario entonces que las normas de Derecho Público también tengan una racionalidad económica real, que justifiquen instrumentalmente su promulgación y puesta en práctica, tomando en cuenta la relación entre el costo y el beneficio, a efectos de obtener el cumplimiento del fin querido mediante la norma. Pero también es necesario precisar en forma muy clara el fin y objeto de la norma de Derecho Público, donde se deben incluir otros aspectos que complementen la dimensión social de la norma y que tienen que ver con el fin y objeto público de la misma.

En este aspecto, son criticables y hasta deleznales las normas que simplemente se limitan, a manera de análisis económico y en el dictamen congresal que aprueba el proyecto de ley correspondiente, al hecho de dejar constancia formal en el sentido que la puesta en práctica del dispositivo *no irrogará gasto al tesoro público*. Esto es lo que se puede apreciar prácticamente en todos los proyectos de ley que se formulan en el Congreso de la República, los que además se caracterizan por su proliferación cuantitativa indiscriminada. En mayo de 2004, la Cámara de Comercio de Lima informaba respecto de algunas preocupantes estadísticas que se explican por sí solas:

«Como se sabe, al 30 de abril existen 10,464 proyectos de ley, en su gran mayoría presentados individualmente por cada congresista, porque así lo permite el actual Reglamento del Congreso, dice la CCL. Esta «producción» sin precedentes -lo reconocen los autores del Proyecto Multipartidario- rebasa las posibilidades de las comisiones ordinarias para ser dictaminados dentro de los plazos reglamentarios. A la fecha, hay aproxi-

30. HOLZ, JOHANNA, RUILOBA, AUGUSTO, *Entrevista a Peter Häberle, «La Economía es solo el instrumento para lograr otros propósitos.»*, En: Revista Ius et Veritas, Año XIV N° 28, Lima, 2004, p. 383.

madamente 6,500 proyectos de ley pendientes de dictamen (1,763 proyectos corresponden a la legislatura 2001-2002; 2,779 proyectos a la legislatura 2002-2003 y 1,989 proyectos a la legislatura 2003-2004). Según el Departamento de Trámite y Estadística Procesal del Congreso, de los 10,464 proyectos presentados, se han aprobado 2,661 y se han convertido en Ley sólo 772 proyectos; 170 proyectos de ley han sido observados por el Poder Ejecutivo.»³¹

Junto a la urgente necesidad de racionalizar la producción legislativa, eliminando de raíz la producción de proyectos «frívolos» de ley, es necesario que las normas legales dejen de contener una evaluación económica ligera y del tipo «promesa de no gasto» o «promesa de ingresos», para pasar a incluir verdaderos estudios que sustenten la viabilidad económica y sistémica del proyecto de ley que se está promoviendo.

Es por eso que dichos proyectos deben contar una exposición de motivos clara y precisa, con «sustancia» de carácter económico y público. En suma, la ligereza congresal y, en general de todos aquellos que tengan que ver y sean responsables de la producción normativa frívola, en materia económica y de Derecho Público, deben ser sancionados, eliminándose la promoción de proyectos normativos que no se encuentren sustentados adecuadamente. Por el contrario, se deben generar incentivos para aquellos que sí se encuentren sustentados y que obedecen a iniciativas no frívolas.

Es en esta perspectiva que la participación de la sociedad civil y las «veedurías ciudadanas» cobran particular importancia, del mismo modo que los presupuestos participativos, a efectos de contribuir a democratizar la gestión pública en lo referente a la formulación del presupuesto regional y local.³²

2. GLOBALIZACIÓN

2.1. Las infinitas definiciones de Globalización

La doctrina correspondiente a diversas disciplinas contiene una serie interminable de aportes sobre el tema; en especial, en lo que concierne a la relación de la Globalización con disciplinas como el Derecho, la Economía,

31. http://www.camaralima.org.pe/reporte_semanal/wreport_171.htm

32. <http://presupuesto-participativo.mef.gob.pe/Dnpp2/mef/PParticipativo/entrada.jsp>

las Relaciones Internacionales, las Ciencias Sociales, entre muchas otras. Pero más allá de los aportes *relacionales* en mención, el ejercicio ontológico respecto de lo que en sí misma es la globalización, a partir de una eventual Teoría Unitaria de la Globalización, aun está en pleno desarrollo.

Sin perjuicio de esto, es necesario reconocer que la globalización no es un producto exclusivo del siglo XXI ni del siglo XX y que más allá del ejercicio ontológico en marcha, ya es factible advertir la presencia de algunos rasgos que la hacen racionalizable y analizable, desde las ópticas de diversas disciplinas.

A escala doméstica, *prima facie*, podríamos atrevernos a afirmar que tampoco el Derecho Público escaparía al ámbito de influencia que produce la Globalización, máxime cuando esta influencia supone una transformación, transfiguración o transubstanciación de la soberanía, en su originaria concepción «westfaliana»,³³ para dar paso a un nuevo concepto, que encuentre reflejo en la realidad contemporánea.

Sin embargo, esta dinámica no es ajena a la naturaleza evolutiva y dinámica de los Estados. Puesto que, como precisa Parodi: *los Estados-Nación están en proceso constante de redefinición, disolución y reconstrucción*,³⁴ ofreciendo así una interesante y provocativa perspectiva desde otra disciplina y treinta años después que el profesor Guerra; en lo referente a la necesidad de reconocer el carácter dinámico y *relacionante* que se demanda hoy para el Derecho contemporáneo.

La Globalización seguramente aporta un número indeterminado de variables al *proceso constante* que describe Parodi y además está poblada por una variada gama de factores que hacen difícil su comprensión, en orden a que no admite una definición unívoca y, a primera vista, se nos presenta como inabarcable, tal como se puede percibir de la siguiente colección de definiciones de globalización que aportan King, Allen y Dirling, citando a diversos autores:

33. KUNDMÜLLER CAMINITI, FRANZ. «*The Future of the Nation State: Nationalism and Indigenous Peoples Revivals in the Americas*», En: Robarts Center for Canadian Studies, York University, Toronto, 2000 http://www.yorku.ca/robarts/archives/institute/2000/pdf/kundmuller_final.pdf

34. PARODI, CARLOS, citado por KAHNAT, FARID. *¿Hacia el Conflicto de Civilizaciones?*, En: Cultura y Globalización, Degregori, C. I.; Portocarrero, G., Editores; Red de Desarrollo de las Ciencias Sociales, Lima, 1999, p. 65.

«Globalización es un proceso histórico que transforma la organización espacial de las relaciones sociales y transacciones económicas, generando redes transcontinentales e interregionales» (Held & Mc. Grew)³⁵.

«Es un viaje y un destino a la vez, que consiste en el proceso histórico para la formación económica y cultural del Estado globalizado» (Ferguson)³⁶.

«La globalización contemporánea está transformando el poder de los Estados y la naturaleza de las comunidades políticas locales, pero cualquier descripción del proceso como una simple disminución del poder estatal local, distorsiona lo que en realidad está sucediendo, pues los Estados son actores centrales en el proceso, al haber iniciado nuevas formas de colaboración transnacional, desde las alianzas militares hasta el desarrollo de los derechos humanos.» (Held)³⁷.

«Su función principal como ideología contemporánea consiste en reducir toda resistencia al proceso que entraña y que además sea percibido como altamente beneficioso e imparable, utilizando para ello el emblema de la colaboración y solidaridad entre Estados, en oposición al nacionalismo y al proteccionismo, que han adquirido una valoración negativa.» (Herman)³⁸

«Se percibe el dominio de las fuerzas económicas transnacionales como benéficas y necesarias. La ideología de la globalización insinúa, sin demostrar en forma incontestable, la necesidad de recurrir a la represión policial y militar, a efectos de prevenir la desestabilización económica mundial, debido a los eventuales brotes de protesta por parte de los que resultan excluidos en el proceso.»(Cox)³⁹.

«Es necesario globalizar el regionalismo y regionalizar la globalización» (Ching)⁴⁰.

«Cabe repensar el regionalismo, en orden a que el nuevo regionalismo es el espacio en el cual opera la globalización» (Mittelman)⁴¹

«El regionalismo permite que algunos Estados o grupos de Estados no sean dejados a la zaga por el acelerado proceso de globalización que se está dando en el mundo» (Lawrence)⁴².

35. KING, ALLEN, DIRLING, *International Law and Globalization: Allies, Antagonists or Irrelevance?*, En: *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Sinter, 2003. Traducido por el autor del original en inglés.

36. Idem.

37. Idem

38. Idem

39. Idem

40. Idem

41. Idem

42. Idem

Vista la variedad conceptual que supone la Globalización, nos referirnos en adelante solamente a algunos rasgos, procurando así un acercamiento periférico, que permita enumerar una serie de factores dispersos, que sospechamos, mantienen una lógica integración a partir del fenómeno «globalizante» que nos toca vivir. Asumimos también el riesgo y la responsabilidad de dejar otros factores por fuera, tal vez más o menos importantes que los que vamos a enumerar. No asumiremos posición ni a favor ni en contra de la Globalización, en orden a que consideramos necesario mantener una perspectiva neutral que permita enriquecer nuestro estudio, antes que polarizarlo.

2.2. La Globalización, el Muro y las múltiples raíces del fenómeno; relevancia del «*ius mercatorum*».

Conforme algunas opiniones, la expansión de la actual globalización se percibe con mayor énfasis a partir del ocaso de la «Guerra Fría»; en particular, hacia mediados de la década de los años noventa y a manera de secuela del gran símbolo de impacto global, que afloró *urbi et orbi* con la caída del Muro de Berlín, cerrando la década de los años ochenta.⁴³

Aunque, de otro lado, también es cierto que uno de los hitos de la última globalización económica, política y jurídica, se ubica mucho antes y se materializa precisamente en la Carta de las Naciones Unidas, que finalmente coloca en un plano de superioridad normativa a los Derechos Humanos, cerrando toda una secuela histórica originalmente iniciada con la Revolución Francesa y cimentada por la concepción política del Estado Moderno.

Para algunos prominentes doctrinarios del Derecho Internacional, como Petersmann, ello delata el carácter constitucional internacional de la Carta. Se generaría así un «puente de oro» para trascender las limitaciones del dualismo que aún mantienen algunos sistemas jurídicos, en lo que concier-

43. Conviene precisar que Peixoto, en un ensayo sobre Ideología, Pragmatismo y Reforma del Estado, señala que el emblemático Muro de Berlín fue erigido en setiembre del año 1961, como un intento para evitar la constante fuga de mano de obra calificada desde la entonces República Democrática de Alemania hacia el sector occidental de Berlín y de ahí hacia otros países de occidente. El Muro era el símbolo de la Guerra Fría. Pero también fue el símbolo de una rígida división entre dos bloques territoriales y políticos armados nuclearmente. La caída del Muro en noviembre de 1989 significó precisamente lo opuesto así como la reunificación de Alemania. Cfr. PEIXOTO, J.P.M. *Ideología, pragmatismo e reforma do Estado*, En: Reforma e Modernização do Estado, Edições UVA 2000, Brasilia, p. 74-75.

ne al Derecho Internacional, derivando entonces en la necesidad de abogar por el monismo a partir de las normas de *ius cogens* universalmente reconocidas y aceptadas.⁴⁴

Para otros autores como Cassese, lo cierto es que el sistema mundial no tiene una Constitución ni un gobierno, pero reposaría sobre un esquema de *cooperación sin soberanía*,⁴⁵ que ha venido desarrollándose a partir de la Carta de las Naciones Unidas. La globalización también se expresa en la ratificación y aprobación, a escala global, de una serie de tratados internacionales sobre diversas materias, de donde fluye la actual relevancia del factor *relacional* tantas veces referido y la mayor cantidad de tratados de carácter económico y comercial.

Muchos de estos tratados, convenios, acuerdos, protocolos, etc., debidamente incorporados a los Derechos Internos de los países, vienen marcando jurídicamente la evolución de distintas disciplinas así como una tendencia a favor de la «deslocalización» del Derecho, conformando espacios jurídicos transnacionales, no necesariamente radicados en un territorio específico, que producen «normativa emergente» como el *soft law*, la *lex mercatoria*, las formas especiales de contratación, entre otras expresiones jurídicas, que pueden hacerse coercitivas sobre la base de esquemas contractuales *relacionales* o mediante su posterior «adopción» legislativa.

También se puede apreciar en el mundo contemporáneo un abanico de «ramas emergentes», que aunque no son nuevas, se han expandido vigorosamente con el proceso de globalización, como es el caso del Derecho Internacional Económico, el Derecho Internacional Ambiental, el Derecho del Comercio Internacional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Arbitral o el Derecho Internacional de las Inversiones, entre otras, y mediante lo que podríamos describir, en general, como la expansión de un fenómeno muy agresivo de diversificación de varias ramas emergentes del Derecho y, en particular, del Derecho Internacional.

Los diversos cuerpos jurídicos que mencionamos y que resulta imposible analizar en detalle en este trabajo, no son invenciones de los últimos

44. PETERSMANN, ERNST – ULRICH, *Time For Integrating Human Rights Into The Law Of Worldwide Organizations, Lessons From European Integration Law For Global Integration Law*, En: Jean Monnet Working Paper 7/01, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/012301.html> 2001 (Confrontado en Agosto 2004).

45. CASSESE, SABINO, *El Espacio Jurídico Global*, En: Revista de Administración Pública N° 157, Madrid, 2002 p.11 y s.s.

veinte años. Es decir, los efectos derivados de la expansión de una amplia gama de transacciones complejas y de carácter transfronterizo, no son necesariamente resultado de la globalización actual.

Existen algunos casos, como la *lex mercatoria*, que cuentan con raíces muy antiguas y que además encuentra un correlato en el «conflictualismo» de leyes, en el marco del Derecho Internacional Privado (moderno), tal como informan Juenger y Sanchez:

«Una lex mercatoria con pretensiones de universalidad, denominada por Maitland 'el Derecho Internacional Privado' de la Edad Media, se desarrolló tras la Edad oscura, cuando el comercio y las transacciones reunieron una vez más a comerciantes de diversos lugares. Las reglas que regían sus transacciones no tenían un carácter puramente local; sin embargo, tampoco derivaban de los otros sistemas jurídicos supranacionales de la época: ni del ius civile renovado por los maestros de la Alta Italia, ni del Derecho canónico. Mas bien, el ius mercatorum emergente que representaba 'un renacimiento del viejo ius gentium del Mediterráneo', hubo que desarrollar instituciones tales como los títulos valores, para las que aquellos sistemas jurídicos carecían de alternativa adaptada a las exigencias de unas transacciones que no respetaban las fronteras territoriales.»⁴⁶

Muchos de los tratados internacionales referidos líneas arriba, se generaron durante la época de vigencia, expansión, auge y declive del bipolarismo, lo que ocurrió a partir de la década de los años cuarenta y hasta mediados de la década de los años noventa, en el pasado siglo XX.

Se han abierto así espacios para nuevas disciplinas, reciclando otras más antiguas y generando nuevos espacios para el trabajo multidisciplinario, pero proyectándose incluso más allá de nuestros días, mediante la conformación geométrica de un nuevo modelo de aún impredecibles dimensiones, que obliga a bosquejar los nuevos contornos del Derecho Público. Como informan King, Allen y Dirling, el universo de tratados pluri o multilaterales al año 1995 era:⁴⁷

• Políticos-Diplomáticos,	838,	22% Total
• Económicos,	1622,	43%

46. JUENGER, FRIEDRICH; SANCHEZ L, SIXTO, *Conflictualismo y Lex Mercatoria en el Derecho Internacional Privado*, En: Revista Española de Derecho Internacional, Vol. LII I, 2001, pp. 17 - 18

47. KING, ALLEN, DIRLING, *Idem*

• DDHH, D. Humanitario,	311,	9 %
• Asuntos Militares,	162,	4 %
• M. Ambiente,	319,	8 %
• Otros,	479,	14%

Destaca en este cuadro el hecho que el 43% del total corresponde a tratados en materia económica, con un volumen que prácticamente duplica al siguiente rubro que es el que corresponde a asuntos políticos y diplomáticos. De ahí la relevancia pragmática del factor económico en el proceso de globalización.

En el caso peruano podemos citar como ejemplo, la aprobación y ratificación de tratados como el de la OMC (Marrakesh), la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales internacionales, la Convención de Washington que crea el ICSID, el tratado MIGA, además de una gama importante de bilaterales en materia de inversiones, entre otros.⁴⁸

2.3. Globalización y Tecnologías de la Información y de la Comunicación

En adición a este panorama, podemos afirmar que hoy se aprecia a escala global un creciente y complejo tejido de múltiples relaciones, incentivadas éstas por varios factores de alcance más o menos económico, más o menos jurídico y más o menos tecnológico.

Entre estos factores destaca el del impulso de las tecnologías de la información y de la comunicación, así como la expansión del «metamundo» virtual y «multimediativo».⁴⁹ Por lo pronto, como informa Manrique, en 1989 los usuarios de Internet llegaban al millón de personas en todo el mundo, mientras que en 1997 ya sumaban 100 millones. Hacia el año 2000 se estimaba que alcanzarían los mil millones.⁵⁰ Esto nos da una idea de la proyec-

48. Hasta donde se ha podido indagar en fuentes vinculadas a la Cancillería, no se cuenta con un archivo digital sistematizado con todos los tratados internacionales en vigor para el Perú, que sea de fácil acceso. La sistematización digital de esta información consideramos que es fundamental en los tiempos contemporáneos y a efectos de poder llevar a cabo un seguimiento adecuado de la evolución de dichos tratados.

49. Esto no es una excepción para el campo de la gestión pública, donde ya se está produciendo el m-government, como una evolución del e-govgovernment. En: <http://www.worldwidewords.org/turnsofphrase/tp-mg01.htm>

50. MANRIQUE, NELSON. *Los Andes a las puertas del nuevo milenio. El Perú y la Sociedad de la Información*. En: Cultura y Globalización; Degregori, C. I.; Portocarrero, G., Editores, Red de Desarrollo de las Ciencias Sociales, Lima, 1999 p. 229.

ción que comprende la evolución de las tecnologías de la información y de la comunicación en el mundo, no obstante las evidentes brechas que existen entre diversos países y bloques de países en materia tecnológica.

El mismo autor condensa acertadamente las características del proceso de expansión del Internet, precisando que *se trata de un crecimiento de naturaleza logarítmica*.⁵¹ Es además un proceso *autocentrado*. Es decir, creció por sí y para sí, sin mayores consecuencias ni posibilidades de influir en el ámbito global, hasta que superó cierto umbral numérico de usuarios y en 1994 *se crearon las condiciones para la expansión geométrica del número de internautas*.

Pero la expansión, apunta el autor, está limitada por la infraestructura de comunicaciones que existe en diversos lugares del planeta. Lo que a su vez se traduce en factores de exclusión y limitación de acceso (al Internet) para proporciones significativas de la población mundial.⁵²

En consecuencia, de la mano con la expansión de la interacción virtual, también se aprecian diversos factores de exclusión derivados de asimetrías abismales. Ello puede graficarse en términos generales, tal como señala Manrique, citando un reciente informe de la Comisión de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo – UNCTAD, referente a las actividades económicas que se dan en el espacio global:

«(...) en la actualidad 300 empresas controlan el 25% de los activos productivos del mundo; (...) La producción de éstas equivale al 33% de la producción mundial; (...) la tercera parte del comercio mundial es intrafirma por su naturaleza y (...) el 80% de los pagos por regalías y tarifas son del mismo tipo (...)»⁵³

Desde otra perspectiva, algunos autores como Brown sostienen que estaríamos en realidad finalmente ante la consolidación del capitalismo globalizado, señalando el autor que el fenómeno (de la Globalización) no es nuevo y que se viene estudiando al menos desde los tiempos de Karl Marx.⁵⁴ Este autor, a diferencia de otros, no toma en cuenta anteriores procesos de globalización.

51. MANRIQUE, NELSON. Op. Cit.

52. Idem.

53. Idem.

54. BROWN, RICHARD. «El Estudio de la Cultura en la Economía Política Global». En: Cultura y Globalización; Degregori, C. I.; Portocarrero, G., Editores, Red de Desarrollo de las Ciencias Sociales, Lima, 1999, p. 103.

Brown explica, a renglón seguido, la existencia de un tránsito que va de la época del bipolarismo posterior a la segunda Guerra Mundial, en la que competían el *estatismo de Estado* con el capitalismo y las economías de mercado, para finalmente llegar a una época que se caracteriza por la globalización del capitalismo y donde también se aprecia la drástica reducción de los obstáculos legales para la circulación de capital, de modo que la desregulación de los mercados de capital se hizo realidad a partir de los años ochenta y se expandió por todo el mundo, consolidándose en la actualidad en diversos países.⁵⁵

En cambio, otros autores como Kennedy, advierten la necesidad de tener en cuenta que la globalización no es un fenómeno nuevo y que en realidad el mundo ha pasado por una serie de globalizaciones, destacando en todo caso que cada una tiene sus particularidades, de la misma manera que las tiene la globalización contemporánea, en ámbitos específicos como el de las tecnologías de la información y de las comunicaciones.⁵⁶ Cabe tener en cuenta que el Perú cuenta con una Ley de Firmas y Certificados Digitales, Ley N° 27269, desde mayo de 2000, que armoniza con los criterios de UNCTRAL sobre la materia y que se vienen desarrollando iniciativas legislativas en el ámbito del gobierno electrónico; es decir, una de sus fuentes jurídicas, al igual que el arbitraje, también se encuentra «deslocalizada»

2.4. Algunas Estadísticas y el complicado panorama de las relaciones internacionales

En paralelo a la liberalización de los flujos financieros y a la expansión derivada de las tecnologías de la información, aún en forma incipiente, también podemos verificar la génesis de una suerte de «ciudadano del mundo»,⁵⁷ con domicilio y hasta personería virtual, acompañado ello de la creación de nuevas formas de contratación transfronteriza y de la aceleración global del comercio en bienes y servicios, que hoy representan el 45% del PBI mundial.⁵⁸

A esto cabe agregar la creación y expansión de redes de producción internacional, que suponen la división transfronteriza de los procesos pro-

55. Idem

56. KENNEDY, DUNCAN, «*Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850 – 1968*», En: *Suffolk University Law Review*, 2003, p. 631.

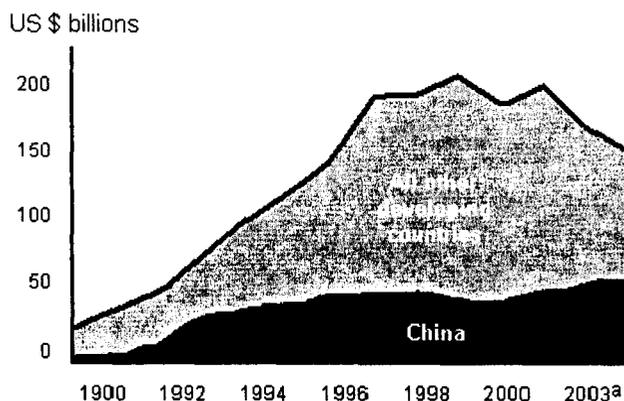
57. DE VEGA G., PEDRO, *Mundialización y Derecho Constitucional: La Crisis del Principio Democrático en el Constitucionalismo actual*, En: *Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Político Constitucionales*, No. 100, Madrid, 1998, p. 13 – 14.

58. CASSESE, SABINO. Op. Cit. p. 11.

ductivos, el desarrollo de productos o servicios públicos regionales, la proliferación de foros internacionales «para estatales» de solución de controversias y la consiguiente expansión de formas «para jurisdiccionales» flexibles y dinámicas, que actúan en espacios domésticos o internacionales.⁵⁹

También se aprecia en tiempos de globalización el fuerte crecimiento de flujos de inversiones e incluso la irrupción de nuevos actores en la escena global, como es el caso de la China Continental.⁶⁰ Ésta es una «mega aspiradora» de inversión, dadas las características que refleja la vertiginosa evolución de dicho país en los últimos años.⁶¹

Gráfico N° 1

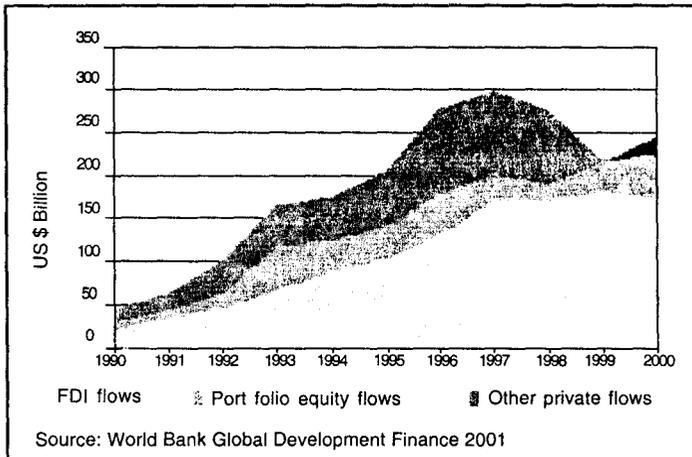


A su vez, el flujo de capitales hacia los países «en vías» de desarrollo, en estadísticas del Banco Mundial, para la década de los años 90, se aprecia en el siguiente cuadro:⁶²

59. CHARNEY, JONATHAN, *The impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals*, En: *New York University Journal of International Law*, 31 N.Y.U.J. Int'l L. & Pol. 1999, p. 697.
60. ZHOU, JIAN, *National Treatment in Foreign Investment Law: A Comparative Study From a Chinese Perspective*, En: *Touro International Law Review*, 2000, p. 42.
61. THE WORLD BANK GROUP, Private Sector Development Vice Presidency, *Public Policy for the Private Sector, FDI Trends, 2004*, Note No. 273, p. 2.
62. Ver: http://econ.worldbank.org/files/2205_wps2613.pdf

Gráfico N° 2

Net Long-Term Private Resource Flows to Developing Countries, by Type of Flow, 1990-2000



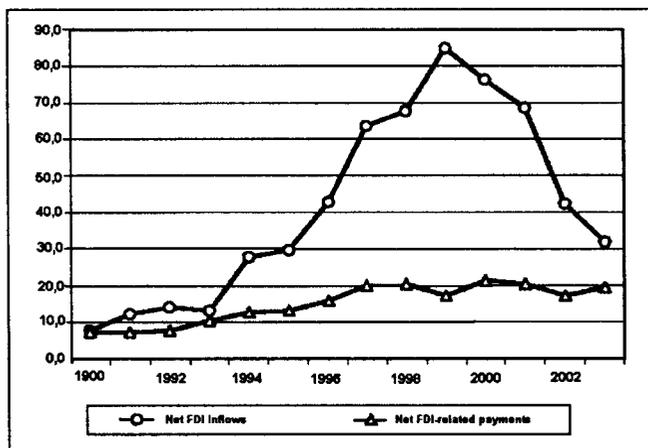
En este contexto, el crecimiento de la Inversión Extranjera Directa en el Mundo, es un elemento a tomar en consideración y que indica tendencias que generan diversos impactos en el ámbito global, máxime cuando la inversión extranjera supone la ocurrencia de una relación trilateral entre agentes vinculados directa o indirectamente con el proceso de inversión, ya que concurren el Estado receptor (de la inversión), el Estado al que corresponde la nacionalidad del inversionista y el inversionista, en un esquema *relacional* de singulares características, que demanda a su vez previsión y seguridad jurídica, mediante la aprobación y ratificación de tratados internacionales y mediante la aprobación de legislación especializada en la materia y referente a los correspondientes medios de solución de controversias.⁶³

El caso de América Latina en materia de inversión, es particularmente interesante. Al año 1999, según CEPAL, acusa un declive en el flujo de inversión extranjera directa, tal como se puede ver en el siguiente cuadro y luego de un crecimiento sostenido que se registra desde el año 1993:⁶⁴

63. UNCTAD, *Dispute Settlement: State – State*, United Nations, 2003; p. 3

64. Comisión Económica para América Latina CEPAL (2004), *Foreign Investment in Latin America and the Caribbean*, United Nations Publication, LC/G.2226-P May 2004, Santiago, Chile, p. 12.

Gráfico N° 3
LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN: NET FDI INFLOWS
AND FDI-RELATED PAYMENTS, 1990-2003
(Billions of dollars)



Lo que puede también cotejarse con la evolución del número de tratados comerciales producidos durante la década de los años noventa, la misma que acusa una curva ascendente, que al año 2002 registra alrededor de 300 tratados, mientras que a principios de la década de los años noventa registraba apenas menos de 100, según Devlin y Estevadeordal.⁶⁵

Tampoco se puede dejar de mencionar que el panorama de la globalización se encuentra teñido por un gran pragmatismo, que va más allá de las ideologías. Llegando muchas veces, por cierto, a superar la cada vez más precaria delimitación territorial de los estados e incentivando procesos de integración y transacciones económicas de diversas intensidades y magnitudes «económico-geopolíticas», que ratifican la necesidad de establecer un balance entre el «costo – beneficio» y el «bien común», en el marco de las estructuras jurídicas que sirven de base para estas iniciativas, se trate de legislación doméstica o de tratados internacionales.

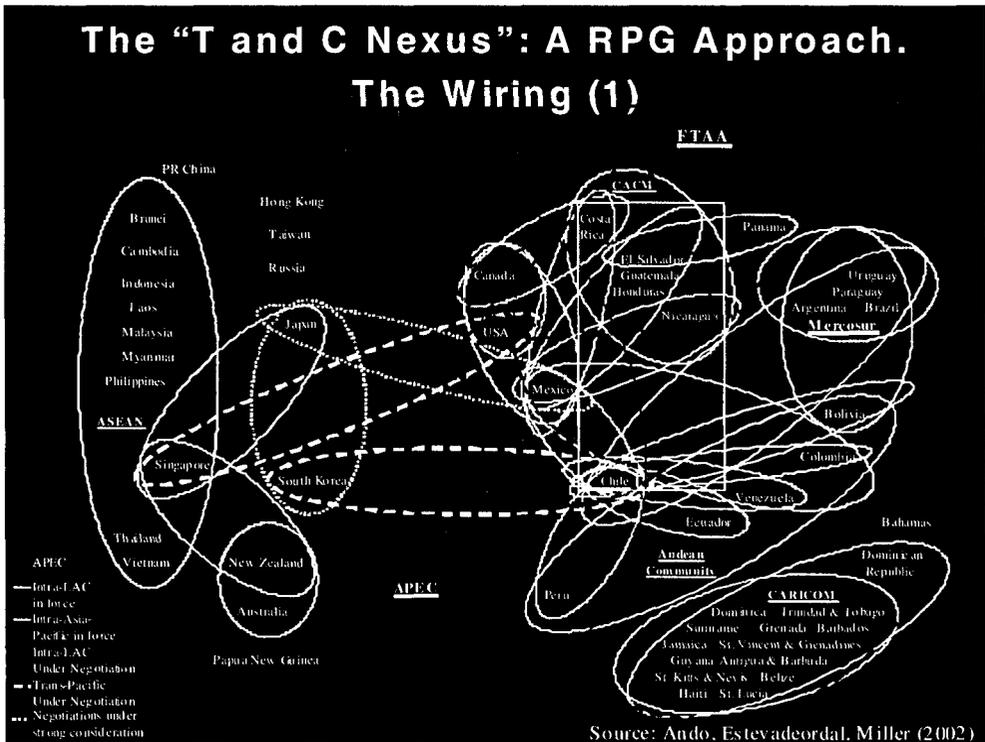
Esto se aprecia en el caso de que traduzcamos el crecimiento de acuerdos internacionales, en el número de tratados en materia de comercio y

65. DEVLIN Y ESTEVADEORDAL, en: <http://www.netamericas.net/Documents/Presentations2/7>

cooperación económica, al plano de la realidad global y, en particular, si nos enfocamos al escenario que ofrece actualmente para el Perú la cuenca del Océano Pacífico.

En el siguiente gráfico se puede apreciar el esquema de interacción multifacético que supone dicha cuenca y su proyección a partir de diversos acuerdos vigentes o acuerdos que se encuentran en vías de negociación y donde además cabe llamar la atención sobre la dinámica de creación de los «bienes públicos regionales» y donde el caso de APEC es particularmente relevante, en orden a que dicha iniciativa implica un balance entre cooperación y libre comercio.⁶⁶

Gráfico N° 4



66. Idem

Este es solamente un ejemplo del complejo panorama que ofrece la globalización en materia de acuerdos y proyectos de acuerdo comercial y económico materia de negociación. En suma, se trata de un panorama que tiende a complicarse en vez de simplificarse y que además se extiende a los más variados tópicos que van desde las relaciones bilaterales hasta la creación de tratados pluri o multilaterales, que incluyen disposiciones muy variadas y de carácter técnico en sus capítulos.⁶⁷

Probablemente el gráfico se ha complicado aún más, si tomamos en cuenta que a nuestros días, y respecto del Perú, habría que agregar algunas negociaciones adicionales, tal como sucede en lo referente a la negociación del TLC con Estados Unidos y con Tailandia, a lo que se debe agregar la negociación del TLC entre la CAN y la Unión Europea, así como las relaciones entre MERCOSUR y la CAN, entre otras.⁶⁸ En consecuencia, también en este contexto nos encontramos en un escenario que evoluciona constantemente en el tiempo

2.5. La Globalización desata pasiones, antagonismos y la aplicación simultánea de diversos modelos y prácticas, desplegadas por los más variados actores

También es cierto que el proceso globalizador tampoco es absolutamente pacífico. Existen una serie de movimientos «anti», que vienen denunciando la existencia de efectos negativos y factores de exclusión como resultado del proceso de globalización, tal como se ha podido apreciar en diversas oportunidades en reuniones de la OMC, del ALCA e incluso de APEC, como lo recientemente ocurrido en Chile con ocasión de la reunión de los Presidentes de las economías miembro.⁶⁹

Se produce sobre esta base la movilización de una serie de grupos colectivos que reclaman respecto de la misma infinidad de temas que apareja el proceso, en campos tan variados como el comercio, la reli-

67. Por ejemplo, es el caso de las cláusulas especiales que se incorporan al capítulo de inversiones de los tratados de libre comercio, que obedecen a una gama de disciplinas propias del Derecho Internacional de las Inversiones.

68. El gráfico, por ejemplo, no incluye los 29 tratados bilaterales de inversiones aprobados por el Perú en los últimos años, ya que se trata de temas no directamente comprendidos en el gráfico, pero conviene traerlos a colación, ya que dichos tratados tienen una connotación de derecho Público. Estos tratados pueden ser consultados en: <http://www.proinversion.org.pe>

69. Ver: <http://hartosdeaguantar.galeon.com/enlaces1089408.html>

gión, el medio ambiente, los derechos humanos, los grupos minoritarios, etc., etc. Y donde el uso del Internet se convierte en una herramienta de difusión y comunicación permanente, ya que la sola inserción de la palabra «globalization» en un «buscador» de Internet, produce 6'340,000 «entradas».

Imaginémonos entonces a la globalización comenzando por el «ciudadano del mundo», que usando medios electrónicos, vende cotidianamente servicios especializados en el mercado global, pasando por el activista también global, que organiza tareas, eventos y foros, para reclamar o desarrollar propuestas respecto de tal o cual acontecimiento ocurrido en cualquier parte del mundo, siguiendo con el ejecutivo o empresario que eventualmente tiene su centro de operaciones en una oficina virtual y decide sobre la realización de operaciones comerciales o procesos industriales complejos, en un vuelo Pekín – Los Ángeles, respecto de negocios que van de cualquier parte del mundo a cualquier parte del mundo.

Estas operaciones o ejercicios *relacionales* se encuentran generalmente «deslocalizados» o vinculados a un territorio físico específico y único, pues pueden comprometer la aplicación de normas correspondientes a diversos sistemas jurídicos domésticos o internacionales, permitiendo además la acción de individuos y entes colectivos de diversa índole. De otro lado, tenemos a las grandes corporaciones que concentran un altísimo porcentaje de la inversión extranjera en el marco de los flujos intrafirma y que internacionalizan sus procesos productivos, valiéndose de los últimos avances de las tecnologías de la información.⁷⁰

Debemos mencionar además a las organizaciones internacionales u organizaciones internacionales intergubernamentales (OII), que administran tratados en materia económica o comercial, acuerdan modificaciones a la regulación doméstica de los aranceles de los estados miembro, emiten normas sobre competencia, propiedad intelectual e inversiones o incluso cuentan con sistemas de solución de controversias, que permiten el sometimiento de los estados a su jurisdicción internacional, etc.

70. «De los 100 organismos económicos más grandes del mundo, 51 son empresas, 49 son Estados. El volumen de negocio de la General Motors es superior al PBI de países como Arabia Saudita, Turquía y Polonia. Los ingresos de la General Electric son comparables a los de Israel, y los de la IBM, superiores a los de Egipto. Ciento cuarenta y cinco mil empresas son multinacionales. En el año 2000, el valor en bolsa de la empresa finlandesa Nokia era el doble del PBI finlandés.»; En: CASSESE, SABINO. *Idem*, p. 12.

De conformidad con el estudio de King, Allen y Dirling, las OII se han convertido en actores importantes en el ámbito internacional, de donde del universo total de alrededor de 4000 tratados bilaterales y multilaterales analizados por estos especialistas, un 9% de los plurilaterales ha creado una OII. De otro lado, un 5% de los multilaterales ha creado una OII, mientras que un 8% de los plurilaterales contiene disposiciones de algún tipo referentes a las OII. A su vez, el 11% de los multilaterales contiene disposiciones de algún tipo referentes a las OII.⁷¹ Ahora bien, las OII son entes «paraestatales», «metaestatales» o «supraestatales»? En todo caso su definición obedece a las bases jurídicas internacionales que puedan identificarse en cada caso.

La globalización implica entonces el desenvolvimiento de un proceso profundo de múltiples efectos, difícilmente «medible» mediante la aplicación de nuestros parámetros domésticos tradicionales y cuyos resultados aún están por verse, siendo entonces prematuro arriesgar juicios de valor a favor o en contra del proceso, pero sí advirtiendo la urgente necesidad de comenzar a tratar el tema, desplegar esfuerzos y capacidades para entenderlo y administrar sus efectos, sin perjuicio de su complejidad y vastedad. Por lo pronto, lo cierto es que el sistema mundial no tiene una Constitución ni un gobierno, pero reposaría contemporáneamente sobre un esquema de *cooperación sin soberanía*,⁷² donde las OII están adquiriendo un rol protagónico, pero los Estados también mantienen su vigencia.⁷³

Pero reparemos en que tampoco el concepto de soberanía es pacífico, mientras Verily lo sataniza como elemento legitimizador de las arbitrariedades que en su criterio entraña la globalización, Brierly informa sobre la necesidad de tomarlo necesariamente en consideración para la sujeción de los Estados a un presuntamente emergente Estado de Derecho en el ámbito de las relaciones internacionales.

Y mientras esa discusión sigue adelante, encontramos que algunos entes «no moderna ni domésticamente soberanos», como las OII y otros

71. KING, ALLEN, DIRLING; Idem.

72. CASSESE, SABINO. Idem

73. Nótese que las OII no son las únicas en destacar, pues los tratados de Libre Comercio, como el NAFTA contienen una estructura que admite la creación y funcionamiento de la Comisión de Libre Comercio, la misma que no es una OII, pero cuenta con atribuciones para interpretar el tratado y ya ha producido una serie de interpretaciones en los últimos años, incluyendo además entre sus atribuciones para reglamentar el mecanismo de solución de controversias del NAFTA. Ver: <http://www.pict-pcti.org/courts/NAFTA.html>

entes derivados de los tratados internacionales, tienden a proliferar en el mundo y a ganar espacios antes solamente reservados para los Estados.⁷⁴

2.6. El mundo sin «gobierno central» y la última globalización en marcha

Al carecer de un gobierno (en sentido Moderno), el mundo carece entonces formalmente de una institución de dirección moderna, derivando así la discusión al tópico de la gobernabilidad global,⁷⁵ mientras que algunos sectores de la doctrina del Derecho Internacional vienen sosteniendo que ello se dará tarde o temprano; en especial, debido a que en el ámbito internacional tiene que terminar de concretarse el tránsito del bilateralismo al multilateralismo.⁷⁶

Siguiendo a Simma, el mundo en proceso de globalización tampoco tiene un Poder Ejecutivo, más allá de que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas podría hacer las veces de órgano ejecutivo internacional, en la medida que el «interés global comunitario» se consolide⁷⁷ y con las debilidades que la estructura de dicha organización internacional acusa.

Pero junto a estos aspectos discutibles, algunos autores como Caffarena reconocen la existencia de una comunidad o sociedad internacional, en la que es posible encontrar lo que él señala como los tres elementos inherentes a los ordenamientos jurídicos: plurisubjetividad, organización y normativa.⁷⁸ Claro que una discusión diferente es la que concierne a la coercibilidad, en donde se requiere aún de la concurrencia de los sistemas jurídicos y de la policía doméstica, en algunos casos, en concurrencia con agencias internacionales.

74. ANAND, R.P. *Sovereign Equality of States in International Law*; En: Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1986, II, Tome 197 de la collection; Martinus Nijhoff Publ. Dordrecht, Boston, Lancaster, 1989, p. 49 – 50.

75. MESSNER, DIRK, *La arquitectura de gobernanza global en la economía globalizada. El concepto del World Economic Triangle*; En: Instituciones y Desarrollo; ISSN: 1560 – 5264. 2003. Ver: http://www.iigov.org/revista/print.php?print=14/14_05&TI=&pagina=&grupo=&D1=

76. SIMMA, BRUNO, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*; En: Recueil de Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1994, VI, Tome 250 de la collection; Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London, 1994, p. 233.

77. Idem.

78. CASSESE, Op. cit.

La manifestación de estos elementos entraña una gran complejidad en un espacio globalizado, mientras que alienta a otros autores como Callies, a reciclar la sustentación de la Teoría Reflexiva del Derecho, originalmente desarrollada en los años ochenta por Teubner,⁷⁹ mediante el relanzamiento de conceptos como: «lo reflexivo», la «capacidad de reflexión» y la «capacidad de *autopoiesis*», anunciando así Callies las ventajas de dicha teoría, para racionalizar jurídicamente los tiempos que corren en un mundo globalizado que demanda un Derecho «deslocalizado».⁸⁰

Lo que, estando a lo que sostiene este autor, estaría generando ya las condiciones suficientes para contar dentro del ámbito global con un Sistema Legal Autónomo, cosa que habría comenzado a darse con marcado énfasis, en especial, en el mundo de las transacciones económicas privadas,⁸¹ pero sin que podamos negar que también los Estados se involucran paulatinamente en el proceso, dada la expansión de sus actividades *relacionantes*.

Es por todo esto que la globalización supone grandes retos y transformaciones, acompañados éstos de una suerte de desnacionalización por parte de los viejos y no tan viejos Estados - nación, lo que comprende a su vez y en general, el aparente retroceso y la evidente transformación de la presencia del Estado en varios frentes, y por la acción simultánea de factores endógenos y exógenos, provocando así, antes que su desaparición, lo que podríamos denominar como la transformación, transfiguración y transubstanciación de la soberanía e implicando ello la apertura de una serie de campos de acción, que antes eran monopolios o cotos exclusivamente estatales.

Pero este tránsito, por razones de soberanía y del ordenamiento jurídico de Derecho Público, pasa necesariamente por la aprobación de los Estados, mediante la ejecución de las correspondientes reformas legislativas y la implantación de las políticas nacionales respectivas. Evidentemente que en el interín se producen crisis y desajustes. Tal como informa Gantz, por ejemplo, al analizar el proceso de evolución que supone el NAFTA, en el marco del Derecho Internacional de las Inversiones, nos informa que se

79. CALLIES, GRAF-METER. «*Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide to an Autonomous Legal System*»; En: <http://www.germanlawjournal.com/print.php?id=109>, 2001 (Confrontado en noviembre 2004).

80. Idem

81. Idem

produjeron una gama de resultados no esperados ni previstos originalmente por las partes.

Pero ello ocurrió recién una vez aprobado y entrado en vigor el tratado NAFTA, lo que finalmente desembocó en la necesidad para los tres países miembros de activar la comisión de libre comercio, mientras se producían los primeros arbitrajes entre inversionistas y los Estados miembros del tratado.⁸²

Se produce así paralelamente a estas diversas dinámicas, la transferencia de la producción de los llamados «bienes de dominio público» hacia el sector privado o hacia el ámbito regional⁸³ y donde determinados subsectores, como los mercados de servicios públicos, la impartición de justicia, la regulación del comercio, entre otros, no son una excepción a la transición, a la dinámica *relacional*, generándose la necesidad de medir dichas transiciones, evaluarlas y administrarlas estratégicamente, cosa que se suele hacer solamente una vez que algunos resultados perniciosos ocurren.

La transición que entraña la época actual, se encuentra precisamente en una suerte de «mitad de camino», entre lo que tradicionalmente denominamos como el universo público y el privado, mientras al mismo tiempo constatamos que las fronteras entre lo público y lo privado se nos presentan cada vez más borrosas y escurridizas.

Algo similar ocurre respecto de la frontera entre lo doméstico (nacional) y lo internacional, ante la gran movilidad que demandan las diversas relaciones y operaciones transfronterizas del más diverso cuño, pero sin que ello implique la desaparición o extinción absoluta de la *auctoritas* estatal. Resulta de interés entonces contar con una perspectiva de lo que vendría después de esta transición:

82. Gantz, David, *The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States – Chile Free Trade Agreement*, En: American University International Law Review, 19 Am. U. Int'l L., 2004, p. 679.

83. De hecho, proyectos como la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Sudamericana (IIRSA), se perfilan como fundamento para la creación de los «servicios públicos regionales», en orden a que comprenden el esfuerzo y la participación de un conjunto de actores estatales, privados y paraestatales, que combinan esfuerzos para desarrollar una gama de proyectos que trascienden las fronteras nacionales pero que al final servirán a todos los países involucrados. Ver: VELEZ, MARIO. *Integración a la Vista*; En: Diario El Comercio, 2004, p. A.5.

«Todo resulta transformado después de un período de transición, se forma una nueva sociedad, que asumiendo las características perennes, las asimila en un tiempo histórico particular. La riqueza de oportunidades que nos ofrece la transición, nos invita a volver a nacer, a renacer. Renacer supone observar la realidad en su totalidad, el Renacimiento convoca e interpela al hombre en su vocación de universalidad.»⁸⁴

Por su parte, la evolución meteórica de las tecnologías de la información y comunicaciones, en combinación con la gama de factores antes reseñados, trae como consecuencia una pérdida de control más o menos evidente y de naturaleza heterogénea por parte de los estados, implicando ello el desplazamiento del centro de gravedad de la *auctoritas*⁸⁵ estatal local e «intrafronteriza», hacia el espacio «transfronterizo» o «alternacional».

Es aquí donde los tratados internacionales de diverso tipo adquieren una singular relevancia *relacional*, propiciando actividades de desarrollo, control y administración intergubernamental o interestatal y donde muchas veces se puede apreciar que son los entes especializados de la administración pública los que negocian en forma directa el desarrollo de dichos tratados.

También es en este espacio donde los Estados asumen responsabilidades y se exponen ante diversos riesgos nuevos o desconocidos, generándose así la necesidad para aquellos de contar con los medios y los mecanismos de prevención que correspondan a tales riesgos y desafíos, pues ello incide en el rendimiento que pueda lograrse, en un escenario caracterizado por su dinamismo y donde siempre hay alguien que pierde y otro que gana.

En este contexto se observa la evolución que han tenido los tratados bilaterales en materia de inversiones (TBIs). Dicho fenómeno se acentúa a partir de los años noventa en el mundo y, según algunos autores como Lowenfeld, serviría de base para crear un nuevo Derecho Internacional de las Inversiones, esgrimiendo así una tesis aún no compartida unánimemente por la doctrina.⁸⁶

84. DROMI, ROBERTO, *Los Límites de la Globalización*, En: MERCOSUR y Empresas, Revista: Cuadernos de Época, Serie Integración Económica, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2002, p. 14.

85. CABANELLAS, GUILLERMO, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1979, p. 410.

86. LOWENFELD, ANDREAS. «*Investment Agreements and International Law*», En: *The Regulation of Foreign Direct Investment Essays*, Columbia Journal of Transnational Law, 2003, p. 123 y s.s.

De otro lado, Según Sorensen, el número total de TBIs se multiplicó por cinco en los años noventa, ante la ausencia de un tratado multilateral sobre la materia y la expansión de las transacciones transfronterizas en materia de inversiones. En los años ochenta sólo sumaban 385, mientras que en la siguiente década alcanzaron la cantidad de 1,857.

A fines de 1999, el 55% de la mencionada cantidad de tratados estaba abarcado por TBIs celebrados entre países occidentales y países «en vías de desarrollo» de la Europa Central o del Este.⁸⁷ Este se convierte en otro indicador de la evolución de la globalización, a partir de la caída del Muro de Berlín. Es usual que dichos tratados incluyan cláusulas de solución de controversias sometidas al arbitraje internacional para resolver disputas entre inversionistas y Estados, medio de solución de controversias que por sus características de flexibilidad y especialidad, se ajusta a las necesidades de las operaciones transfronterizas internacionales.

Otro espacio de singular relevancia es el que se observa en el caso de la OMC y el funcionamiento de su sistema de solución de controversias.⁸⁸ Se consolida así un sistema supranacional para la solución de conflictos entre Estados, en particular, para los países miembros de la OMC. Dicho sistema de solución de controversias opera y sus decisiones son internacionalmente vinculantes para los Estados.⁸⁹

Es decir, los temas de inversiones y comercio internacional se encuentran a la vanguardia de estas iniciativas y acciones concretas que entraña el proceso de globalización, pues las decisiones «jurisdiccionales» en estos ámbitos se pueden producir en el espacio no doméstico y, sin embargo, sus resultados serán vinculantes, generalmente en virtud de tratados internacionales que se encuentran en vigor para los Estados en mención.

De modo tal que el incumplimiento del Estado da lugar a la responsabilidad internacional así como a la aplicación de medidas de represalia. Cabe adelantar en este punto que en el caso peruano, el acceso del Estado al arbitraje doméstico e internacional se ha liberalizado a partir

87. SORENSEN, Neil. *Bilateral Investment Treaties and Disputes Globalization and Globalism Program Institute for Agriculture and Trade Policy*, 2001. En: [http://www.tradeobservatory.org/library/uploadedfiles/Bilateral Investment Treaties and Disputes.htm](http://www.tradeobservatory.org/library/uploadedfiles/Bilateral%20Investment%20Treaties%20and%20Disputes.htm)

88. http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm

89. PALMETER, Petros. *The WTO Legal System: Sources of Law*, En: American Journal of International Law, July 1998, 92 AMJIL, 398; 92 Am. J. Int'l L. 398.

de la promulgación de la Ley 26572, Ley General de Arbitraje, a mediados de los años noventa, revirtiendo así toda una tradición jurídica signada por la vigencia de la Doctrina Calvo, a lo que se agrega la ratificación y aprobación de una gama de tratados internacionales, confirmando así estos factores el llamado proceso de «inserción» del Perú. De donde también cabe reconocer que no se cuenta con estudios multidisciplinarios, consistentes y detallados, respecto de las ventajas y desventajas de dicho proceso.

2.7. En conclusión, ¿cuáles son los límites de la *auctoritas* local?

La dinámica global se traduce en una fuerte presión sobre la *auctoritas* estatal doméstica y se viene dando a partir del crecimiento y desarrollo de diversas prácticas transaccionales, en el marco de usos y costumbres así como en el marco de tratados internacionales bilaterales, plurilaterales o multilaterales, sin excluir la expansión de fenómenos como la aplicación de la *lex mercatoria*. Esta dinámica está generando entonces la necesidad de contar con los medios que permitan una cada vez más eficiente interacción entre los sistemas jurídicos.

También se aprecia la ocurrencia de «transfusiones» desde los modelos «regulatorios» originarios del ámbito privado, que fluyen hacia el ámbito público y viceversa. Se induce así una suerte de proceso de «repositivación», pero a la vez, de reconfiguración del Derecho en general y del Derecho Público en particular. En la actualidad no se cuenta con información objetiva que permita medir este fenómeno, siendo algunos ejemplos los que nos ofrecen el caso de la Ley General de Arbitraje, la Ley de Firmas Electrónicas y una gama de tratados internacionales vigentes para el Perú. De donde se aprecia la necesidad de contar con elementos objetivos para medir el grado de globalización del Derecho Público, contando para ello con los indicadores correspondientes y entre los que probablemente destaquen aquellos que sigan una racionalidad económica.

Esta «repositivación» se advierte especialmente a partir de la «despositivación» en ámbitos donde las partes tienen libertad de decisión (privada) y se traduce con frecuencia en la práctica del Derecho, cosa que muchas veces pasa desapercibida, pero que se expresa cotidianamente en términos puntuales, cada vez que recurrimos a alguna fuente «deslocalizada» del derecho, para incluir en nuestros negocios jurídicos alguna estipulación proveniente de la misma, como puede ser un convenio de arbitraje internacional, alguna estipulación derivada de la *lex*

mercatoria, la aplicación de algún modelo de contratación que se debe originariamente a usos y costumbres comúnmente aceptados o la incorporación de un *incoterm*⁹⁰ a los documentos de una operación comercial internacional, entre otros.

Como consecuencia de este proceso, se generan condiciones para que los Estados se vuelquen hacia las fuentes de autoridad «paraestatal», de carácter «alter», «supra» o «paranacional», con marcados rasgos extraterritoriales y hasta supranacionales, que aparentemente impulsan el ejercicio de una nueva *auctoritas* pública (¿global?) emergente que, a su vez se distingue en diversos aspectos de la concepción moderna de *auctoritas* y su vinculación con el fin y objeto público.

Es en este sentido que también el Estado se encuentra ante la necesidad de recurrir a las fuentes de este derecho deslocalizado, involu-crándose en el mismo y adquiriendo las prácticas correspondientes. Pero en este punto es necesario destacar también que no siempre el Estado cuenta con las mismas capacidades que el sector privado para abordar estas dinámicas.

Tengamos entonces en cuenta que la *auctoritas* se encuentra en proceso de formación y de mutación constante y ya no nos ofrece una forma definitiva ni estática, en un contexto donde lo mutable es lo cotidiano y donde hasta la concepción del tiempo y del espacio está siendo alterada por el «aquí y ahora» de las tecnologías de la información y de la comunicación, combinadas éstas con los productos «mass mediáticos»,⁹¹ que no conocen tiempos, nacionalidades ni fronteras.⁹²

Es así como una gama muy diversa de entidades no estatales, semiestatales o paraestatales, actúan ahora en la escena internacional, tal como ocurre con las organizaciones no gubernamentales, las instituciones u organizaciones internacionales de carácter multinacional, las empresas transnacionales o las OII. Ello, frente a lo que entendemos como la concepción

90. http://www.iccwbo.org/index_incoterms.asp

91. Nótese por ejemplo el tránsito que existe en la actualidad y que se registra del e-government al m-government. Este último consiste en el avance de última generación sobre la materia y comprende la interconexión móvil y sin conexiones físicas, utilizando tecnología «wi fi». Hasta hace poco tiempo se hablaba solamente de e-government; <http://www.worldwidewords.org/turnsofphrase/tp-mgo1.htm>

92. KUNDMÜLLER, Idem

clásica del Derecho Internacional, que solamente reconocía al Estado como gran protagonista y sujeto activo.⁹³

De otro lado y a manera de síntesis, cabe tener en cuenta que para algunos autores, la globalización se presenta al fin y al cabo, como una dinámica clave para la conformación de un sistema transnacional de poder. Dicho sistema se encontraría hoy en grandes medidas y proporciones fuera del exclusivo ámbito de decisión intraestatal e interestatal clásico. Pero al mismo tiempo supone la actividad febril y constante por parte de los mismos Estados, a efectos de reacomodar el capital global dentro de los espacios de sus respectivas fronteras, generando por este medio una transformación interna y mostrando para ello como un ejemplo, entre otros factores, la expansión de los acuerdos comerciales internacionales registrada en los últimos años.⁹⁴

Este medio o vehículo de transformación interna se proyecta hacia nuevas formas en el ejercicio del poder, mediante la producción normativa o legislativa, el ejercicio jurisprudencial y los actos de gobierno puestos en práctica desde los órganos que ejercen función ejecutiva y otras funciones o subfunciones estatales delegadas. Lo que indefectiblemente se traduce en políticas públicas y de Estado, que responden al fenómeno «globalizante».⁹⁵

Como quiera que existe una estrecha relación entre la política, el ejercicio del poder y el Derecho, y atendiendo al impacto que genera el proceso de globalización en estos ámbitos, es necesario revisar una gama de temas, a efectos de plantear algunas preguntas referidas a la relación entre el Derecho Público y la globalización, que nos permitan idear una guía metodológica para acompañar el proceso al menor costo social posible.

Cabe preguntarse además por la jerarquía de la norma constitucional y su vinculación con este contexto *relacional*, sin dejar de mencionar la multiplicación de los diversos tratados internacionales en las ramas «emergentes» del derecho internacional, la brecha entre el derecho formal y la reali-

93. DELBRUCK, JOST. *Prospects for a «World (Internal) Law?»*; *Legal Developments in a Changing International System*, En: *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2002, p. 402.

94. Es el caso, por ejemplo, de la producción legislativa de los años noventa en el Perú, en el proceso de liberalización de la economía y del sistema jurídico nacionales, mediante la promulgación de una serie de normas que «armonizaban» con el sistema jurídico internacional, en materias estratégicas como el libre comercio, la liberalización de las inversiones y de los flujos financieros y de capital, entre otras.

95. SASSEN, SASKIA. *The State and Economic Globalization: Any implications for International Law?* En: *Chicago Journal of International Law*, 2000; 1 Chi. J. Int'l L. 109.

dad que se observa en algunos ámbitos críticos del aparato social, así como las múltiples consecuencias evidentes y no tan evidentes, que el sistema legal ofrece en las actuales circunstancias de cambio, en tópicos tan específicos como la integración interestatal, la regulación de los servicios públicos, el tratamiento de los contratos, las nuevas libertades económicas y la emergencia de figuras especiales referidas a la relación entre inversionistas extranjeros y estados o la evolución geométrica del arbitraje, en sus expresiones jurisdiccionales, domésticas o internacionales.

En consecuencia, el complejo dinamismo que comprende la globalización no puede ser ajeno a la realidad de los Estados ni a la evolución del Derecho Público. Es necesario hacer un esfuerzo para racionalizar el proceso de evolución de la globalización y reconocer el valor *relacional* de lo jurídico, pero sin soslayar las dimensiones económica, social y política. En suma, se requiere de una renovada y reforzada *auctoritas* estatal que se encuentre a la altura de los cambiantes desafíos de la globalización.