

Apuntes para el entendimiento de la evolución del Derecho Internacional de la Inversión Extranjera: de la emergencia a la liberalización

Manuel Monteagudo Valdez*

1. Introducción

Desde fines de los años ochenta se desarrolla en el mundo una acelerada proliferación de tratados e instrumentos internacionales relativos a la inversión extranjera. Se han suscrito ya más de mil cien convenios bilaterales de promoción y protección de inversiones entre países industrializados y del tercer mundo.¹ El Banco Mundial ha ejercido una creciente influencia en la promoción de la inversión extranjera a través de sus líneas directrices sobre el tratamiento a la inversión extranjera —*Guidelines on Treatment of Foreign Investments*— y, bajo los auspicios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico —Organization for Economic Cooperation and Development, OECD—, en 1995 se intenta alcanzar un acuerdo multilateral de inversiones —*multilateral agreement on investment*, AMI—. A ello se suman los crecientes acuerdos de libre comercio e integración regional que comprenden capítulos especiales sobre el tratamiento a la inversión extranjera. Todos estos instrumentos han estado orientados principalmente a liberalizar el régimen de la inversión extranjera, bajo un patrón de principios y reglas relativamente homogéneos. También

* Gerente jurídico del Banco Central de Reserva del Perú y profesor ordinario de Derecho Internacional Económico en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ Ver el listado de los convenios bilaterales CIADI en: <<http://www.worldbank.org/icsid/treaties/treaties.htm>>.

desde estos años se produce una masiva ratificación de la Convención de Washington (1965) o Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI),² que dará lugar al surgimiento de una sustantiva jurisprudencia internacional en materia de tratamiento de inversión extranjera. Esta, si bien tiene un efecto obligatorio exclusivamente para las partes en conflicto, jugará además un rol protagónico en la formación, interpretación y armonización de principios y reglas sobre el tratamiento de la inversión extranjera.

De esta manera emerge un Derecho Internacional de la Inversión Extranjera (DIIE) como una rama del Derecho Internacional Económico, luego de un cambio de actitud —en los países del tercer mundo— que aspira a reconciliar la apertura a la inversión extranjera con los objetivos de desarrollo económico. Hoy resulta incuestionable la importancia de la inversión extranjera en la economía mundial. Los flujos de inversión transitan en todas las direcciones, aunque de manera desigual. Entre 1998 y el 2000 los Estados Unidos de América, Europa y el Japón concentraron cerca de tres cuartas partes de la inversión extranjera del mundo, mientras que los países en vías de desarrollo participaron como receptores de inversión con el 22%.³

De los años de la descolonización europea y las grandes estatizaciones en América Latina, hoy la mayoría de países se reclaman abiertos a la inversión extranjera y a la liberalización económica en general. Hace menos de cincuenta años la Asamblea General de Naciones Unidas aprobaba la resolución 1803 (XVII), relativa a la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales, reclamando que el tratamiento de la inversión extranjera debía ser una materia exclusiva de Derecho Interno. A lo largo del siglo XX los países latinoamericanos incorporarán en sus constituciones los principios de la doctrina Calvo, para exigir el sometimiento de la inversión extranjera a sus jurisdicciones internas y liberarse de la presión de la protección diplomática de los países industrializados. Hoy en día, a pesar de que las tensiones norte-sur subsisten en diferentes campos económicos —como lo ilustran las recientes negociaciones comerciales en la OMC luego de la Ronda Doha—, no cabe duda que la actitud ha cambiado significativamente.

La multiplicación de instrumentos internacionales promotores de la inversión extranjera supone, en cierto sentido, una modificación del paradigma. Pero decimos bien, *en cierto sentido*, porque aún nos encontramos lejos de un sistema multilateral para la inversión extranjera. Las negociaciones del AMI se truncan en 1999 por un conflicto norte-norte —la excepción cultural francesa— y el reclamo de los países

² Su denominación en inglés es *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (ICSID).

³ Ver FDI-NFIDENCE-The Global Business Policy Council, octubre de 2004, volumen 7.

del tercer mundo de no haber participado directamente en la negociación. Por otra parte, en países como Argentina, Venezuela y Bolivia se empiezan a cuestionar los convenios bilaterales previamente suscritos y hasta la competencia de los tribunales arbitrales del CIADI. Estas circunstancias no implican necesariamente un nuevo vuelco en el Derecho Internacional, sino tal vez la necesidad de comprender con mayor profundidad las nuevas instituciones del DIIE y de afirmar su propia legitimidad. El Perú ha sido y es parte de este proceso y ha adoptado medidas trascendentales en materia del tratamiento a la inversión extranjera, luego de la firma del Tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos de América.

En el presente artículo nos proponemos exponer los elementos básicos del *nuevo* DIIE, como una guía introductoria para los interesados en profundizar esta novísima especialidad. La primera parte se ocupa de la naturaleza jurídica de la inversión extranjera y la segunda de las fases de la inversión. En ambas haremos un somero recorrido por los principales instrumentos internacionales adoptados en los últimos años. Concluiremos en la tercera parte con algunos comentarios finales sobre los desafíos que enfrentan la permanencia y evolución del DIIE.

2. ¿Qué es la inversión extranjera?

2.1. Definición de inversión

Existen diversas maneras de abordar la naturaleza jurídica de la inversión extranjera. Carreau, Flory y Juillard proponen una muy ilustrativa, pues señalan que la existencia de una inversión descansa en la concurrencia de tres elementos: (1) *un aporte económico* susceptible de individualización; (2) *un rendimiento o remuneración diferidos en el tiempo*, de manera que la constitución y la remuneración de la inversión no coincidan —lo que excluye a la compra-venta pura de un bien o servicio—; y (3) *el riesgo*, en el sentido de que la remuneración de la inversión está subordinada a las ganancias o pérdidas de la empresa. No es necesario que el operador del negocio asuma el riesgo de la totalidad de la inversión o cuales sean las modalidades de la remuneración —en bienes o dinero—, lo esencial es que exista un vínculo directo entre el monto de la remuneración y la evolución de los resultados de la empresa.⁴

También estos autores nos advierten apropiadamente de la diferencia entre la inversión comercial y la industrial. Ambas buscan penetrar en mercados internacionales, pero en el caso de la primera esta acción no está acompañada de la *deslocalización* de

⁴ CARREAU, D., T. FLORY y P. JULLIARD. *Droit Internationale Économique*. París: LGDJ, 1990, pp. 558-564.

la producción, lo que sí ocurre en la inversión industrial. De este modo, la inversión comercial reposa en la *exportación*, mientras que la industrial en la *implantación*.⁵ Esta distinción permite apreciar dos ámbitos diferentes del Derecho Internacional, aunque estrechamente vinculados. Para la inversión comercial tenemos el Derecho del Comercio Internacional que ha alcanzado un nivel multilateral a través del sistema de la OMC, acompañado por acuerdos comerciales, regionales y bilaterales. Mientras que para la inversión industrial el DIIE todavía se encuentra en formación, siendo el más reciente esfuerzo de una negociación multilateral la propuesta, en 1995 de la OECD para alcanzar el AMI.

La separación de una y otra rama del derecho no debe entenderse en términos absolutos, pues dentro de los propios acuerdos de la OMC se encuentra la prohibición de adoptar medidas sobre la inversión extranjera que puedan afectar el libre comercio —*trade-related investment measures*, TRIMS—. De otro lado, los TLC que viene suscribiendo Estados Unidos de América incluyen, además de la liberalización comercial de bienes y servicios, un capítulo específico sobre el tratamiento de la inversión.

Ahora bien, al no existir un sistema multilateral de la inversión extranjera, el contenido específico de lo que constituye inversión y sus consecuencias jurídicas tiene que ser analizado a la luz de la legislación interna de cada país y los instrumentos internacionales que resulten aplicables. De cualquier forma, una primera referencia interesante es la definición empleada en el proyecto del AMI, que pretendió contener un recuento minucioso de la definición de inversión, aunque no taxativo. El artículo 1.b define como inversión a:

[...] la empresa propiamente dicha;⁶ las acciones, partes de capital o cualquier otra forma de participación en el capital; las obligaciones, emisión de títulos, préstamos y otras formas de créditos; los derechos derivados de contratos, tales como llave en mano, contratos de construcción, de gestión, de producción o de participación de beneficios; las acreencias monetarias y los derechos a prestaciones; los derechos de propiedad intelectual; los derechos conferidos por la ley o por un contrato, tales como las concesiones, licencias, autorizaciones y permisos; y en general todo otro bien corpóreo o incorpóreo, mueble o inmueble y todos los derechos conexos a la propiedad tales como la locaciones, hipotecas, privilegios o prendas.

Nótese la amplitud de la definición, que sobrepasa largamente la sola participación en el capital de una empresa, extendiéndose a una generalidad de derechos *traídos*

⁵ Ib.

⁶ El AMI define a la empresa como: «[...] la persona jurídica o cualquier otra entidad constituida u organizada según el derecho aplicable de una parte contratante, con o sin objetivo de lucro, privado o de propiedad de una autoridad política o controlada por ella, incluyendo una sociedad de capitales, una fiducia, una sociedad de personas, una empresa individual, sucursal co-empresa, asociación u organización».

desde el extranjero —por ejemplo, los derechos de propiedad intelectual— y a los derechos reconocidos por la ley, como son las concesiones. El TLC suscrito por el Perú con los Estados Unidos de América recoge una definición muy similar a la del AMI e incorpora expresamente a *los futuros, opciones y derivados*.⁷ Esta inclusión acoge y ratifica un enfoque todavía más amplio de inversión, pues esta ya no representa solamente la inversión industrial propiamente dicha, sino que se extiende a la inversión financiera y a toda la gama de instrumentos propios del mercado de capitales, que hoy en día se encuentra en un creciente desarrollo y sometido a la libre circulación a nivel internacional.

En el caso de la legislación peruana, el decreto legislativo 662 prevé una enumeración similar a la del AMI y el TLC suscrito por el Perú y Estados Unidos, con algunos matices y dejando abiertas las múltiples formas de inversión que puedan aparecer en el futuro, pues el inciso i del artículo 1 refiere a «[...] cualquier otra modalidad de inversión extranjera que contribuya al desarrollo del país».

2.2. La nacionalidad de la inversión

Hasta aquí tenemos una idea aproximativa de lo que constituye jurídicamente una inversión, según las diversas fuentes del DIIE. Sin embargo, cabe preguntarse cómo y por qué una inversión, en la era de la globalización, puede o no ser considerada extranjera. ¿Puede la inversión tener una *nacionalidad*?

En el discurso político a favor o en contra de la globalización se suele repetir que los capitales extranjeros son apátridas y circulan por sus propios intereses muchas veces transnacionales. Esta interesante afirmación no es necesariamente correcta desde el

⁷ La definición de inversión en el TLC entre el Perú y los Estados Unidos de América es la siguiente: «Todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

- a. Una empresa;
- b. Acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;
- c. Bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;
- d. Futuros, opciones y otros derivados;
- e. Contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;
- f. Derechos de propiedad intelectual;
- g. Licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; y
- h. Otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda».

punto de vista del Derecho. A la luz de las definiciones de inversión que acabamos de reseñar, podemos afirmar que una inversión constituye un bien o, en un sentido amplio, un derecho tangible o intangible, susceptible de apropiación por una persona. La persona, el inversionista, es el titular de la inversión y el derecho nacional e internacional reconoce a esta una nacionalidad, tanto en el caso de personas naturales como jurídicas. Y este reconocimiento tiene consecuencias muy concretas.

En realidad, la *deslocalización* jurídica que opera en la inversión extranjera supone que una persona, luego de constituir derechos patrimoniales en su jurisdicción nacional, decide expandir sus actividades fuera de esta. Esta decisión significará remesas de dinero, transferencias de tecnología y conocimiento y, en general, el desplazamiento o implantación de activos —derechos— que deberán ser reconocidos por otras jurisdicciones nacionales. Este *segundo* reconocimiento se efectúa en tanto inversionista *extranjero*, adquiriendo derechos y deberes muy particulares. Por ejemplo, un inversionista extranjero en el Perú, con la nacionalidad de un país suscriptor del CIADI y de un convenio bilateral para la promoción y protección recíproca de inversiones —a diferencia de un inversionista nacional—, podrá demandar la formación de un tribunal arbitral, exigiendo al Estado peruano una indemnización por denegación de justicia, luego de un fallo adverso de la Corte Suprema de la República en un juicio entre privados —como en efecto ocurrió en el caso Yanacocha—. ⁸

Ser extranjero en una jurisdicción nacional puede pues traer diversas consecuencias jurídicas específicas y por tanto sí es relevante la nacionalidad de las inversiones. Pero la neta identificación de la nacionalidad de las personas puede generar ciertas dificultades. *A priori*, en el caso de las personas naturales la determinación no resulta complicada, salvo el caso de la doble nacionalidad. El TLC suscrito por el Perú con los Estados Unidos de América, por ejemplo, establece que en estos casos se considerará solo una nacionalidad y será la que resulte *dominante y efectiva*.⁹ Esta es una solución clásica del Derecho Internacional, en la que el juez o el árbitro deberán dar preferencia a la nacionalidad más real, aplicando el *test* del domicilio o residencia habitual o dominante. En estos tiempos de integración y liberalización económica, son crecientes los casos de personas que poseen doble nacionalidad y realizan intensas actividades económicas y familiares en *sus dos países*. ¿Podrá un ciudadano peruano-norteamericano reclamar derechos al Estado peruano, en tanto inversionista norteamericano? Si bien

⁸ La empresa pública francesa Compagnie Minière Internationale Or S.A. presentó una solicitud de arbitraje contra el Perú luego de que el Poder Judicial peruano dejara sin efecto la transferencia de sus acciones en la Minera Yanacocha S. A. Las partes lograron un acuerdo sin que un tribunal del CIADI llegara a pronunciarse sobre la reclamación.

⁹ Artículo 10.28 del TLC Perú – Estados Unidos de América.

corresponde analizar cuidadosamente el TLC, es de anotar que ha sido una práctica generalizada en el Derecho Internacional no admitir una reclamación diplomática contra un Estado del que el particular *también* dispone la nacionalidad. Sin embargo, como lo precisan Daillier y Pellet, esta práctica, reconocida por la Convención de la Haya de 1930, no siempre ha sido seguida. Por ejemplo, el tribunal constituido para resolver los diferendos americano-iraní admitió que las personas poseedoras de doble nacionalidad sí pueden plantear reclamaciones contra uno de sus *dos Estados*, cuando su nacionalidad *dominante* es la del otro Estado.¹⁰

En cuanto a las personas jurídicas, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso Barcelona Traction (1970)¹¹ al analizar el ejercicio de la protección diplomática de los Estados,¹² confirmó que el vínculo de la nacionalidad debía sustentarse en la *teoría de la constitución*, antes que en la del *control*. Es decir la nacionalidad de una persona jurídica está determinada por el *lugar de su constitución o el de su sede social* y no por la nacionalidad de la mayoría de sus accionistas. En este importante fallo, en el que participó como presidente de la Corte el ex presidente peruano José Luis Bustamante y Rivero, la CIJ hizo hincapié en que «[...] al establecer la nacionalidad de la persona jurídica en función de la nacionalidad de los socios que detentan la mayoría de las acciones, la nacionalidad de la sociedad se encuentra en una situación de permanente y constante mutación, lo que crea una atmósfera de confusión e inseguridad jurídica».¹³

Ahora bien, la CIJ en Barcelona Traction admitió que se justificaba adoptar la teoría de control para el ejercicio de la protección diplomática, en dos hipótesis: cuando la sociedad desaparece y cuando la sociedad tiene la nacionalidad del Estado autor del hecho ilícito.¹⁴ Este sería el caso de una empresa constituida en el Perú y cuyo capital accionario es controlado íntegramente por personas o empresas extranjeras.

El modelo peruano de convenio de promoción y protección recíproca de inversiones acoge la teoría de la constitución cuando considera como inversionista extranjero a *las personas jurídicas, incluyendo sociedades, corporaciones, empresas, asociaciones comerciales, y otras entidades constituidas o establecidas al tenor de las leyes y reglamentos de una Parte contratante*. Hay que entender este principio complementado con las definiciones de inversión en las leyes internas y los instrumentos internacionales, los

¹⁰ DAILLIER, P. y A. PELLET. *Droit International Public*. Sexta edición. París: LGDJ, 1999, p. 774.

¹¹ Ver resumen y comentario del caso en NOVAK, F. «Caso Barcelona Traction Light and Power Company Limited». *Agenda Internacional* año IV, enero-junio de 1997, N° 8, p. 77.

¹² Ante la afectación del derecho de una persona —natural o jurídica—, que comprometa la responsabilidad internacional de un Estado extranjero, el Estado ejerce la protección diplomática a través de todos los medios pacíficos reconocidos por el derecho —desde consultas diplomáticas hasta la iniciación de contenciosos—.

¹³ NOVAK, F. Ob. cit., p. 99.

¹⁴ *Ib.*, pp. 100 y 101.

que usualmente precisan que si bien las empresas de una parte contratante son las constituidas al amparo de sus leyes y reglamentos, se considera inversión extranjera a todo activo de propiedad de un inversionista o *controlado por el mismo, directa o indirectamente*, incluyendo dentro de esta categoría a las empresas —TLC Perú –Estados Unidos de América—.

2.3. Definiciones flexibles de inversión extranjera

Al revisar la diversidad de convenios y tratados internacionales, no encontraremos una definición uniforme de inversión extranjera. En realidad, cada instrumento recogerá un criterio en función a sus propios fines y objetivos.¹⁵ Por ejemplo, los acuerdos bilaterales y los TLC, sin llegar a una enumeración taxativa o exclusiva, tratan de abarcar la mayor cantidad de hipótesis posibles. Esto no ocurre en la Convención de Seúl (1985) que crea la Agencia Multilateral de Garantía a las Inversiones —Multilateral Investment Guarantee Agency, MIGA—, pues su artículo 12.a refiere como *inversiones admisibles*, es decir aquellas sobre las cuales se puede extender la cobertura contra los riesgos políticos,¹⁶ a «[...] las participaciones, incluyendo los préstamos a mediano y largo plazo concedidos o garantizados por los propietarios de la empresa y toda forma de inversión directa considerada admisible por el Consejo de Administración». En buena cuenta se trata de una definición abierta, orientada a promover la inversión internacional y que descansa en las decisiones regulatorias o administrativas del organismo internacional.

En la Convención de Washington (1965), que crea el sistema arbitral del CIADI, simplemente no hay una definición de inversión extranjera. El artículo 25 de la convención señala que la jurisdicción del centro «[...] se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante —o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el centro por dicho Estado— y el nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al centro». Si hay una característica preponderante en la Convención de Washington, esta es su flexibilidad,¹⁷ a fin de ampliar al máximo las posibilidades de competencia de los tribunales arbitrales y evitar cualquier cuestionamiento a su competencia.

¹⁵ CARREAU, D., T. FLORY y P. JUILLARD. Ob. cit., p. 569.

¹⁶ El riesgo *político* está asociado a las decisiones que pueda adoptar el Estado receptor de la inversión extranjera. El artículo 11 de la Convención de Seúl considera como riesgos cubiertos a: a) las restricciones sobre las transferencias en divisas; b) la expropiación o medidas equivalentes; c) la repudiación o incumplimiento de un contrato; y d) la guerra o disturbio civil.

¹⁷ DELAUME, G-R. «La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États». *Journal de Droit International*, vol. 26, 1966, p. 23.

Hay que tener en cuenta que la Convención del CIADI se adopta en los años sesenta, bajo los auspicios del Banco Mundial, en circunstancias en que era necesario reestablecer un clima de confianza entre los países industrializados y los países en vías de desarrollo, luego de complejas controversias derivadas de las nacionalizaciones de la inversión extranjera, durante la descolonización europea en África y el Medio Oriente. El Banco Mundial desempeña un rol creciente en la promoción de la inversión extranjera, al concluir su tarea primigenia como banco de la *reconstrucción* europea después de la Segunda Guerra Mundial. Hay que recordar, por ejemplo, que el Banco Mundial actuó como mediador en las negociaciones que siguieron a la nacionalización por Egipto del canal de Suez. El CIADI es pues un producto del Banco Mundial. Como años más tarde serán las famosas líneas directrices sobre el tratamiento a la inversión extranjera, que acompañarán, como un típico ejemplo de *soft law*,¹⁸ al proceso de liberalización de la inversión extranjera.

Regresando a la no-definición de inversionista extranjero de la Convención del CIADI, debemos remarcar que el artículo 25 refiere únicamente a la calidad de *nacional de otro Estado contratante*. Y además, consecuente con su flexibilidad, admite la posibilidad de acoger la teoría de control para la determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas. Así pues, el numeral 2.b del mismo artículo 25 en el caso de las personas jurídicas, incluye como nacionales, a aquellos que «[...] teniendo la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero». Esta expresa admisión se explica, en cierta manera, en que en algunas legislaciones nacionales los inversionistas extranjeros están obligados a constituir subsidiarias. Incluso, en el caso *Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. La República de Guinea*,¹⁹ las partes interpretaron todavía con mayor amplitud el artículo 25, al considerar como suiza a una empresa constituida en Liechtenstein, toda vez que Suiza era un Estado contratante de la Convención del CIADI y Liechtenstein no.

3. Fases de la inversión extranjera

Para comprender el alcance y contenido de los diferentes principios y normas, nacionales e internacionales, que regulan la inversión extranjera, es importante identificar las tres fases básicas de la inversión extranjera: *admisión, constitución y liquidación*.

¹⁸ El término *soft law* explica la flexibilidad, ambigüedad, imprecisión y ausencia de fuerza obligatoria de los códigos de conducta, las declaraciones, recomendaciones, visitas técnicas, resoluciones y otros textos no obligatorios que producen las organizaciones internacionales. Ver MONTEAGUDO, M. «¿Es el derecho internacional económico nueva disciplina o intento de comprender jurídicamente la globalización?». *Derecho y Sociedad*, año XVI, 25, 2005, p. 360.

¹⁹ 22 *International Legal Materials*, ILM, 86 (1983).

3.1. La admisión de la inversión

La *admisión* —también conocida como preinversión o preestablecimiento— corresponde a la fase en la que la inversión extranjera está en proceso de ser *reconocida* o *admitida* por la jurisdicción del Estado receptor. Dicho reconocimiento puede emanar de un pronunciamiento administrativo *ad-hoc*, por el cual el organismo público competente autoriza previamente el ingreso de la inversión, o de un reconocimiento general en mérito de una ley o tratado internacional que consagren la libre admisión de la inversión extranjera. En esta fase se define el grado de liberalización de inversiones al que se encuentra comprometido el Estado receptor de la inversión.

Hasta hace relativamente poco, la tendencia general de los países en vías de desarrollo fue reservar la fase admisión al Derecho Interno, aun cuando en muchos casos el propio Derecho Interno ya consagraba la libre admisión. Esta reserva corresponde al propósito de retener en la soberanía interna la definición del régimen de admisión de la inversión extranjera y tiene como antecedente la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas —resolución 3281 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974—, que fue promovida por los países del tercer mundo. El artículo 2-2 de la Carta señala: «Todo Estado tiene el derecho de reglamentar y ejercer autoridad sobre las inversiones extranjeras dentro de su jurisdicción nacional, con arreglo a sus leyes y reglamentos y de conformidad con sus objetivos y prioridades nacionales. Ningún Estado deberá ser obligado a otorgar un tratamiento preferencial a la inversión extranjera». Este artículo, como la Carta en su conjunto, pretende reivindicar la competencia exclusiva de los Estados para definir el régimen de la inversión extranjera, sin consentir que en el tratamiento de la inversión extranjera concurren principios de derecho internacional capaces —como tales— de corregir o completar la norma interna.

Pero la remisión del régimen de la admisión al Derecho Interno no corresponde únicamente a los turbulentos años setenta, ni a la exclusiva iniciativa de los países del tercer mundo. Las líneas directrices sobre el tratamiento a la inversión extranjera —las *guidelines*—, aprobadas por el Banco Mundial a principios de la década de 1990, establecen en su artículo II.3 que:

«[...] los Estados conservan el derecho de establecer reglamentaciones relativas a la admisión de inversiones extranjeras privadas. En la formulación y aplicación de dichas normas, los estados tendrán en cuenta que la experiencia indica que la imposición de ciertos requisitos como condiciones para la admisión suele ser contraproducente y que un enfoque mucho más eficaz al respecto es el de una admisión abierta, posiblemente sujeta a una lista negativa de inversiones».

Por otra parte, si bien al interior de la Unión Europea existe, desde 1992, un régimen de libre admisión de inversiones, concordante con la libre circulación consagrada en el Tratado de Maastricht —*quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países*—,²⁰ durante las negociaciones del AMI muchos países europeos y particularmente Francia se opusieron a los estándares de amplia liberalización exigidos por Estados Unidos de América. El modelo de convenio bilateral de inversiones norteamericano y los capítulos de inversión de sus TLC consagran la libre admisión de la inversión extranjera —excluyendo de esta a ciertos sectores y actividades económicas—. ²¹

La mayoría de países latinoamericanos han adoptado el criterio de las *guidelines* del Banco Mundial, en el sentido de promover la libre admisión de la inversión extranjera, pero previendo que su regulación sea una materia de Derecho Interno. El Perú hasta antes de la suscripción del TLC con los Estados Unidos de América siguió el referido criterio. Así, el artículo 1.2 del modelo peruano de convenio bilateral de promoción y protección recíproca de inversiones establece: «Cada una de las partes Contratantes promoverá dentro de su territorio las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante y las admitirá de conformidad con sus leyes y reglamentaciones». La remisión de la admisión al Derecho Interno excluía toda posibilidad de cesión de soberanía a un régimen internacional. El TLC con los Estados Unidos de América sin embargo supone un giro trascendental en la política de tratamiento a la inversión extranjera en el Perú, que ha pasado prácticamente desapercibido en el debate nacional. El artículo 10.3 del TLC recoge un criterio similar al del modelo de convenio bilateral norteamericano,²² al señalar que «[...] cada Parte contratante concederá a los inversionistas de otra Parte contratante un trato no menos favorable que el que conceda en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones en su territorio». Este texto se encuentra igualmente recogido en el acuerdo de libre comercio suscrito entre el Perú y Chile en agosto de 2006, que reemplaza al convenio bilateral el año 2000, que consagró el criterio tradicional de remitir el régimen de admisión a la legislación nacional.²³

²⁰ Artículos 56 y 57 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

²¹ Ver JUILLARD, P. «MAI: A European View», *Cornell International Law Journal*, vol. 31, 1998, N° 3, p. 467.

²² El texto del artículo II del modelo de 1994 es el siguiente: «Each party shall endeavor to maintain a favorable environment for investment in its territory by nationals and companies of the other Party, and shall permit such investment to be established and acquired on terms and conditions that accord treatment no less favorable than the treatment it accords in like situations to investments of its own nationals and companies or to nationals and companies or to national and companies of any third country, whichever is more favorable». Ver JUILLARD, P., ob. cit.

²³ El texto del artículo 3.1 del convenio bilateral entre el Perú y Chile es el siguiente: «Cada parte Contratante,

3.2. La constitución de la inversión

La fase de constitución es también conocida como post-inversión o post-establecimiento. Corresponde propiamente a la *vida* de la inversión en la jurisdicción interna, una vez que es admitida y comprende al conjunto de relaciones jurídicas que el inversionista extranjero establecerá con el Estado del país receptor. Aquí hay que entender al Estado, con la amplitud del enfoque *kelseniano* ya que comprende a todas las subdivisiones políticas y manifestaciones del poder público.

En las relaciones internacionales, la responsabilidad internacional de un Estado puede ser comprometida por cualquier órgano representativo del poder público, sea este federal o estatal, es decir a través de *todas* sus reparticiones y subdivisiones. La autonomía de los desmembramientos del Estado según el Derecho Interno, en la práctica es ignorada en materia de responsabilidad internacional. El artículo 4 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de Naciones Unidas señala claramente que «[...] el comportamiento de todo órgano es considerado como un acto del Estado frente al Derecho Internacional, independientemente que este órgano ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales u otras y cualquiera que sea la posición que ocupa en la organización del Estado». En realidad, en Derecho Internacional un Estado no puede sustraerse de sus responsabilidades internacionales por el solo hecho de su organización interna.²⁴

Consecuentemente, cuando un Estado suscribe un convenio bilateral de promoción y protección recíproca de inversiones, asume la responsabilidad por los actos ilícitos en que incurra cualquier entidad pública. En realidad, lo que ocurre con un inversionista extranjero es que al desplazarse de su jurisdicción de origen a otra, en la segunda establecerá nuevas relaciones: constituirá una sucursal o subsidiaria y la registrará en la oficina de registros públicos, solicitará una licencia para actuar como una institución financiera, o minera o vinculada a la industria farmacéutica, solicitará las licencias de construcción al municipio, solicitará los permisos y autorizaciones a entidades vinculadas a la protección del medio ambiente, eventualmente suscribirá un contrato de concesión, pagará sus tributos, recurrirá a instancias administrativas y judiciales para el ejercicio de sus derechos, etcétera. Y, como cualquier otra persona capacitada para efectuar negocios jurídicos, tendrá que enfrentar contingencias administrativas o reclamaciones judiciales.

con sujeción a su política general en el campo de las inversiones extranjeras, incentivará en su territorio las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante y admitirá dichas inversiones en conformidad con su legislación».

²⁴ Ver comentarios del artículo 4 del proyecto CDI, p. 86.

En ese contexto, lo que buscan la legislación interna y los tratados internacionales que regulan la liberalización de la inversión extranjera, es que el Estado receptor le asegure un mínimo de garantías jurídicas que pueden resumirse en tres principios básicos: el *trato nacional*, el *trato de la nación más favorecida* y el estándar de *tratamiento justo y equitativo* que incluye la plena protección y seguridad.

Por el *trato nacional* los inversionistas y las inversiones provenientes de un Estado contratante —inversiones extranjeras— deben, *por lo menos*, recibir el mismo trato que los inversionistas y las inversiones nacionales. El artículo 63 de la Constitución peruana establece que *la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones*. Los convenios bilaterales de protección recíproca que ha suscrito el Perú desarrollan este principio, bajo un texto similar: «Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a las inversiones o rendimientos de los nacionales o compañías de la otra Parte Contratante a un trato menos favorable que aquel concedido a las inversiones o rendimientos de sus propios nacionales o compañías o inversiones o rendimientos de nacionales o compañías de cualquier tercer Estado».²⁵ El trato nacional es pues un principio que sanciona al Estado que discrimina entre inversionista nacional y extranjero. Este principio también lo encontramos en el capítulo de inversiones de los TLC del Perú con los Estados Unidos de América y Chile.

El *trato de la nación más favorecida* (TNMF) es otro compromiso antidiscriminatorio del Estado receptor de la inversión, pero en relación con inversionistas extranjeros de otras nacionalidades. De manera similar al trato nacional, el TNMF usualmente se encuentra expresado como la obligación de acordar un tratamiento no menos favorable que a los inversionistas y *las inversiones de otros país en circunstancias similares*.

Como es de imaginar, el trato nacional y el trato a la nación más favorecida usualmente admiten excepciones generales y específicas, entre las que destacan la seguridad nacional, la cultura y las medidas de orden público, conceptos todos ellos que evolucionan con el tiempo y las circunstancias. Por ejemplo, la excepción de seguridad surge en el sistema del GATT al término de la Segunda Guerra Mundial y durante la Guerra Fría, permitiendo a cada Estado establecer restricciones de seguridad nacional bajo su exclusiva autonomía. Los Estados Unidos de América a lo largo de su historia ha modificado el ámbito de sus restricciones por razones de seguridad. Por ejemplo, el Departamento de Estado aprobó la licencia de producción de los aviones F-16 en la misma compañía japonesa que construyó los aviones Zeros que bombardearon Pearl Harbor durante la Segunda Guerra Mundial.²⁶ Otra excepción general relevante es la

²⁵ Artículo 3.1 del convenio bilateral con el Reino Unido.

²⁶ WALLACE, D. y D. BAILEY. «The Inevitability of National Treatment of Foreign Direct Investment with Increasingly Few and Narrow exceptions». *Cornell International Law Journal*, vol. 31, 1998, N° 3, p. 623.

que refiere a la cultura. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) prevé una excepción al trato nacional para la industria cultural, que incluye la producción, distribución y venta de publicaciones, grabaciones de audio y video, música y programas de televisión. Precisamente, una de las controversias más comentadas durante las negociaciones del AMI, fue la *excepción cultural* reclamada por Francia, en defensa de su industria audiovisual. Es evidente de que a pesar de la reducción de la intervención del Estado en la economía, este preserva varios campos de competencia reglamentaria en beneficio de un tratamiento preferencial a la inversión nacional, por razones de orden público. Estas pueden estar ligadas al financiamiento estatal para la investigación, programas de asistencia, restricciones a la actividad nuclear, derechos de autor, minería, propiedad de la tierra, medios de comunicación, etcétera.²⁷

Las excepciones pueden estar enunciadas en forma genérica o, lo que es más frecuente, incorporadas en una lista negativa de excepciones. En el TLCAN, por ejemplo, México ha excluido a los sectores primarios de la energía, los Estados Unidos de América al sector de aerolíneas y telecomunicaciones y Canadá a las industrias culturales.²⁸

Las *guidelines* del Banco Mundial también se refieren al trato nacional y el TNMF (artículo III) y formulan recomendaciones muy específicas para el tratamiento de la inversión extranjera. Por ejemplo, el artículo III.5a señala que «[...] todo Estado extenderá prontamente las licencias y permisos y otorgará las concesiones que sean necesarias para el desarrollo ininterrumpido de las operaciones de las inversiones admitidas». La extensión de licencias ha sido una de las materias más discutidas en los reclamos ante los tribunales arbitrales del CIADI contra países latinoamericanos. Por ejemplo, en los casos Metalclad y Luchetti, los conflictos se originan en la alegación por parte de empresas extranjeras de que el Estado receptor —México y Perú, respectivamente— había violado el compromiso internacional de concederles un tratamiento *justo y equitativo*, en virtud de lo previsto en el TLCAN en el primer caso y en el convenio para la promoción y protección recíproca de las inversiones en el segundo. A juicio de las empresas extranjeras, la violación al compromiso internacional se produce cuando los gobiernos locales no otorgan o anulan, *injustificadamente*, las licencias y permisos para la construcción de sus plantas industriales. En el caso Metalclad, el Tribunal Arbitral le dio la razón al inversionista extranjero señalando que:

[...] se dejó creer a Metalclad que los permisos federales y estatales le permitían la construcción y operación del cofinamiento. Metalclad alega que el municipio no tiene facultades en lo que se refiere a los asuntos de residuos peligrosos. Sin embargo, México

²⁷ Ib.

²⁸ Ver DYMOND, W. «Investment Rules in NAFTA». *APEC Workshop on Bilateral and Regional Investment Rules/Agreements*. Ministerio de Finanzas de México, 2002.

argumenta que, de acuerdo con la constitución y las leyes, el municipio tiene facultad para otorgar permisos de construcción. Aun si México está en lo correcto respecto a que se requeriría un permiso municipal de construcción, la evidencia también muestra que la competencia de la autoridad federal regulaba lo que se refiere a evaluaciones y valoraciones en materia de residuos peligrosos y que la autoridad del municipio comprendía únicamente lo referente a consideraciones de construcción. Por lo tanto, la negativa del Municipio a otorgar el permiso haciendo referencia a consideraciones de impacto ambiental sobre lo que era básicamente un cofinamiento fue inadecuada [...] México no cumplió con asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del negocio e inversión de Metalclad.

Nótese cómo en el razonamiento del tribunal se analiza el Derecho Interno y se juzga la conducta del Estado a fin de verificar si ha habido un tratamiento justo y equitativo.

En el caso Metalclad, el Estado mexicano es obligado a pagar una indemnización, porque el tribunal llega a la conclusión de que en el curso de un procedimiento administrativo ante una subdivisión política —el Municipio de Guadalcázar—, el Estado no actúa en forma transparente.²⁹

En el caso Luchetti, el inversionista extranjero también busca atribuir la responsabilidad internacional del Estado peruano por la acción de la Municipalidad de Lima. Sin embargo, el tribunal se declara incompetente, para conocer sobre el fondo de la controversia por *ratione temporis*. A juicio del tribunal la controversia entre las partes tiene su origen antes de la suscripción del convenio bilateral entre Perú y Chile, circunstancia que la excluye de su apelación por norma expresa del convenio.

A diferencia del trato nacional y el TNMF, que son principios relativos —porque se determinan en función al tratamiento del inversionista nacional o de inversionistas extranjeros de otras nacionalidades—, el *estándar de tratamiento justo y equitativo* es un principio absoluto. El Estado que asume este estándar de tratamiento debe otorgarlo con independencia de que lo conceda o no a sus nacionales. Ahora bien, un estándar no es en sí mismo una norma jurídica. Se trata más bien de una unidad de referencia que exige un grado de apreciación por parte del juzgador. El inconveniente es que *una unidad de referencia* no posee un contenido objetivamente identificable.

Estados Unidos de América es uno de los activos defensores de la incorporación de este estándar en sus convenios bilaterales y en sus TLC, señalando además que el estándar incluye *la plena protección y seguridad* ante casos de expropiaciones; sin embargo su imprecisión le ha generado ciertos problemas prácticos. El artículo 1105 (1) del

²⁹ Un análisis exhaustivo del caso Metalclad puede revisarse en Carvajal, C. «Determinación de la responsabilidad internacional de los Estados frente a los inversionistas extranjeros: algunos comentarios en torno a la debida aplicación del derecho por los tribunales CIADI». *Agenda Internacional*, 2004, N° 20, p. 195.

TLCAN exige a los Estados Partes otorgar «[...] a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas». Algunos inversionistas extranjeros y el propio Tribunal Arbitral del caso Metalclad han considerado que la referencia al derecho internacional del artículo 1105 (1) se extiende a otros tratados internacionales y no de manera exclusiva al derecho consuetudinario —como lo arguyó los Estados Unidos de América—. De acuerdo a dicho criterio, todas las obligaciones nacidas en otros tratados internacionales que hayan suscrito las partes contratantes y el resto de normas del TLCAN que no están recogidas en el capítulo de inversiones, forman parte del artículo 1105 (1). Ese fue el razonamiento del tribunal para darle la razón a Metalclad, ya que recurrió a una regla de transparencia contenida en el preámbulo del tratado y no en el capítulo de inversión del TLCAN. En realidad, desde la perspectiva norteamericana, el criterio del tribunal ampliaba el compromiso del Estado receptor de inversión extranjera —a pesar de que en el caso Metalclad la parte vencedora fue una empresa norteamericana—, y la referencia al Derecho Internacional debía estar limitada al Derecho Internacional consuetudinario.

La interpretación norteamericana resulta más discrecional y al mismo tiempo más difusa, pues la identificación de costumbre internacional es un proceso subjetivo y largo en el tiempo. La tesis contraria no se limita al Derecho Internacional consuetudinario como fuente para establecer el estándar y permite recurrir a otras fuentes convencionales, como lo propuso F. A. Mann en 1981.³⁰

Cuando el laudo arbitral del caso Metalclad fue examinado por la Suprema Corte de British Columbia de Canadá como resultado de un recurso de anulación interpuesto por México, también se observó la interpretación extensiva o amplia de la referencia al Derecho Internacional que hace el artículo 1105 (1). En la sustentación de su voto el juez Tyson precisa que esta referencia corresponde únicamente al derecho consuetudinario, es decir aquel que se deriva de las prácticas comunes de los Estados y no incluye a otras fuentes convencionales ni a otros capítulos del TLCAN.³¹

La Corte Suprema de British Columbia no modificó el laudo arbitral del caso Metalclad; sin embargo, redujo el monto de la indemnización. Meses más tarde, el 31 de julio de 2001, la comisión de libre comercio encargada de interpretar las normas del

³⁰ MANN, F. A. *British Treaties for the Promotion and Protection of Investments*, 52 BRIT. Y. B. Int'l L. 241 (1981), citado por MENAKER, «Standard of Treatment: National Treatment, Most Favored National Treatment and Minimum Standard of Treatment». *APEC Workshop on Bilateral and Regional Investment Rules/Agreements*. Ministerio de Finanzas de México, 2002, p. 101.

³¹ *Reasons for the Judgment of the Honourable Mr. Justice Tysoe. The United Mexican States v. Metalclad Corporation, in the Supreme Court of British Columbia*, febrero-marzo de 2001, p. 15.

TLCAN —representada por los ministros de Comercio de los Estados Parte— adoptó la siguiente interpretación:³²

- El artículo 1105 consagra el estándar mínimo de tratamiento de acuerdo al derecho internacional consuetudinario que debe ser otorgado a los inversionistas de los Estados contratantes.
- Los conceptos de *justo y equitativo* y *plena protección y seguridad* no implican un tratamiento más allá del requerido por el estándar de tratamiento a los extranjeros por el derecho internacional consuetudinario.
- La determinación de que se ha violado otra provisión del TLCAN u otro tratado internacional —por ejemplo, el Tratado de la Organización Mundial del Comercio—, no supone que se ha violado el artículo 1105 (1).

La interpretación que acabamos de reseñar nos revela cómo se decide tripartidamente interpretar que el concepto de Derecho Internacional no comprende a fuentes tan o más autorizadas como son los tratados internacionales y específicamente el tratado de la OMC. En el TLC suscrito por el Perú y los Estados Unidos de América, se adopta el criterio de la Comisión del TLCAN, acotando expresamente el estándar mínimo de tratamiento al Derecho Internacional consuetudinario —artículo 10.5 del capítulo de inversiones—.

3.3. La liquidación de la inversión

La liquidación es la última etapa de la inversión y constituye su destino natural. En última instancia, los capitales de riesgo se desplazan en búsqueda de beneficios y utilidades durante el período de la inversión, y una vez concluido este, el capital será necesariamente repatriado al país de origen. Los recursos podrán reinvertirse en el país receptor o alargarse el período de la inversión, pero la inversión y los inversionistas aspiran a mantener incólume su derecho a la liquidación de la inversión y repatriación del capital. Las *guidelines* del Banco Mundial en su regla III.6.1d señalan que los Estados:

[...] al liquidar o vender la inversión —ya sea total o parcialmente—, permitirán la repatriación y transferencia del importe neto de dicha liquidación o venta y de todos sus aumentos en forma inmediata; en los casos excepcionales en que el Estado enfrente escasez de divisas, dicha transferencia podrá hacerse en cuotas dentro de un período lo más corto posible que, en ninguna circunstancia, podrá exceder de cinco años a partir de la fecha de liquidación o venta, sujeto al pago de intereses.

³² MENAKER. Ob. cit., p. 101.

4. Consideraciones finales

El DIIE basado en la liberalización y apertura de mercados, si bien ha tenido un reconocimiento generalizado en los últimos años, también ha despertado ciertas críticas en países como Bolivia y Argentina y algunas muestras de fatiga en otros países, todo lo cual debiera alertar sobre la necesidad de reestablecer las negociaciones multilaterales.

A pesar de la suscripción de la Convención del CIADI y de numerosos convenios bilaterales con países industriales, en Bolivia y Argentina existen sectores políticos que desearían que la inversión extranjera esté sujeta al pleno sometimiento de los tribunales y leyes domésticas, como una forma de reivindicación del espíritu de la Doctrina Calvo.³³ Se trata sin embargo de una aspiración a la antípoda del desarrollo mismo del DIIE. Aun cuando la inversión extranjera se desplaza de un país a otro y asume riesgos comerciales y políticos, el DIIE ha tratado de *extranjerizar* o internacionalizar el tratamiento de la inversión extranjera al establecer principios de tratamiento y una jurisdicción internacional como la del CIADI. Antes que un *trato nacional*, la inversión extranjera gozaría más bien de un *trato especial vis-à-vis* la inversión nacional, como resultado de un proceso generalizado de reestablecimiento de confianza mutua y de políticas de promoción y atracción de la inversión extranjera.

Al respecto, resulta interesante recordar que a principios del siglo XX, cuando los Estados Unidos de América y México negociaban el pago de una indemnización con motivo de las expropiaciones de la revolución mexicana, México argumentó que la suspensión del pago de la deuda agraria había afectado igualmente a mexicanos y extranjeros; de manera que si Méjico pagaba únicamente a los extranjeros, incurría en una violación de la regla de la equidad. Según al artículo 9 de la Convención de la Conferencia Panamericana —argumentó México— «[...] la jurisdicción de los Estados dentro del límite de su territorio se aplica a todos los habitantes. Nacionales y extranjeros se encuentran bajo la misma protección de la ley y las autoridades nacionales y los extranjeros no pueden reclamar derechos diferentes de los que se otorgan a los nacionales».³⁴ Entonces, ya desde el período de nacimiento del DIIE se ha pensado que los inversionistas nacionales y extranjeros debieran gozar de los mismos derechos y obligaciones.

También ha generado severas reacciones el hecho que, en mérito de la cláusula arbitral de los convenios bilaterales de inversión y los TLC, los inversionistas extranjeros puedan cuestionar las políticas de Estado, llegándose a desconocer la ejecución de los

³³ MARZORATI, O. «Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por Argentina». *Revista Peruana de Arbitraje*, 1, 2005, p. 83.

³⁴ LOWENFELOD, A. *International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. México y Estados Unidos llegarán a un acuerdo antes de la Segunda Guerra Mundial.

fallos del CIADI (Argentina).³⁵ Lo sorprendente es que los Estados Unidos de América, luego de su experiencia en el TLCAN, ha adoptado la política de no seguir incorporando cláusulas arbitrales en los TLC o convenios bilaterales con países industriales. A septiembre de 2005, los norteamericanos tenían catorce reclamaciones de empresas canadienses, entre las cuales figuran reclamaciones por decisiones de políticas públicas y no necesariamente por violaciones a los compromisos de protección de la inversión. Es así que el convenio bilateral suscrito entre los Estados Unidos de América y Australia de 2005, no contempla un mecanismo automático de solución de controversias, mientras que los TLC firmados con los países de Centro América y Perú sí lo hacen.³⁶

Lo evidente es que a pesar del continuo proceso de integración de las economías y los mercados, los Estados modernos tienen la firme decisión de retener algunas competencias soberanas a pesar de consentir la cesión de otras. El DIIE será sin duda un espacio de transformación del Estado soberano y en general del sistema económico mundial.

Cuando los navegantes europeos del siglo XVI se lanzaron en búsqueda de nuevos horizontes y nuevas fronteras económicas, lo hicieron en muchas ocasiones con el apoyo financiero y militar de sus monarcas. Un gran número de proyectos alcanzó resultados espectaculares para sus promotores, pero en un mundo en el que el libre comercio y el multilateralismo estaban lejos de ser una realidad. Hubo también amargas experiencias de las que hasta hoy verificamos sus consecuencias, como el auto-aislamiento del Japón durante más de doscientos años³⁷ y las dificultades de América Latina para insertarse en la economía mundial. Siglos después, el mundo es escenario de la libre circulación de capitales, pero bajo la creencia de que es posible establecer un estado de derecho internacional, con la participación de una pluralidad de actores: los Estados soberanos, la empresa privada, las organizaciones internacionales y la sociedad civil. La afirmación de un sistema que conjuge liberalismo y estado de derecho dependerá de la activa participación de todos los actores.

³⁵ NOLAN, M. «The Arbitration Risk facing Sovereign Investors». *International Financial Law Review*, diciembre de 2004, p. 24.

³⁶ VEI GAGNÉ, G. y J-F. MORIN. «The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and the 2004 Model BIT». *Journal of International Economic Law* 9 (2), pp. 357-382.

³⁷ MOREAU DEFARGES, Philippe. *La mondialisation*. París: PUF, 2002, p. 15.