

Estado, Inversiones, Desarrollo Económico y el Arbitraje en el CIADI

Franz Kundmüller Caminiti¹

El presente trabajo abordará tres ejes de reflexión en el campo del arbitraje entre inversionistas extranjeros y los Estados. Se hará referencia a la problemática de la idea de desarrollo y su relación con las inversiones extranjeras, como un tema que cobra especial relevancia, describiendo la evolución del concepto, para destacar su fuerte raigambre occidental y la necesidad de abordar una noción pluralista de lo que debería ser el desarrollo económico; en particular, para países con una rica diversidad como el Perú, que buscan una inserción exitosa y justa en el entorno global.

Del mismo modo, y a contrapelo de la doctrina frecuentemente citada en la materia y que usualmente se aboca a la necesidad de describir los diversos medios de protección del inversionista, describiremos la relación fundacional que existe entre la idea de inversión y la de desarrollo económico, dentro del marco de la estructura conceptual del Convenio para el Arreglo de Disputas entre Inversionistas y Estados; en adelante: CIADI, en el contexto de los antecedentes propios del desarrollismo de mediados del Siglo XX y desde la perspectiva de los retos que presenta la actual crisis de la noción de Estado Moderno.

Finalmente, se presentarán algunas breves referencias sobre casos en donde los tribunales arbitrales han tomado en consideración, en mayor o menor intensidad, la relevancia del concepto de desarrollo económico; en particular, a partir de la estrategia de defensa de los Estados, en los arbitrajes llevados a cabo con inversionistas extranjeros.

Es nuestra intención poner en evidencia en estas líneas algunos elementos de reflexión sobre el rol y los múltiples retos de los Estados en la actual globalización, con miras al desarrollo económico y sin dejar de resaltar la importancia de la vinculación que existe entre la noción de desarrollo y la de inversión extranjera, así como su proyección a futuro.

Comenzaremos señalando que la gestión de controversias entre Estados e inversionistas extranjeros, usualmente comprende la aplicación de medios de gestión y resolución de conflictos, como el arbitraje internacional; en especial, el arbitraje inversionista – Estado, normado mediante tratados internacionales.² Las operaciones propias de la inversión extranjera en un mundo globalizado,³ comprenden transacciones que se dan en el ámbito transfronterizo, involucrando muchas veces a un número

¹ Abogado, profesor del curso de arbitraje nacional e internacional, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor del curso Negociación, Conciliación y Arbitraje, Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, miembro del Comité Editorial de la Revista Peruana de Arbitraje y del Círculo Peruano de Arbitraje, <http://www.limaarbitration.net>

² Nos referimos a los alcances jurídicos de la nomenclatura adoptada por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del año 1969; ver: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf

considerable de operadores económicos, financieros y comerciales, de los ámbitos público y privado, en forma indistinta.

Son conducidas e implican la participación de distintos actores, países, economías y regiones, en el contexto de contratos complejos y especializados, en el marco del Derecho Internacional de las Inversiones; en adelante: DII. A lo que se suman otras disciplinas jurídicas por sectores económicos especializados. Como resulta evidente, esto trasciende los límites territoriales de las soberanías estatales locales, implicando una problemática a ser gestionada y resuelta por medios jurídicos adecuados.

A su vez, se puede constatar que los Estados han simplificado hoy el acceso al arbitraje;⁴ en especial, al arbitraje internacional sobre inversiones. Los Estados son a su vez actores arbitrales que participan en cada vez más casos arbitrales, como partes litigantes.⁵ En tal sentido, no solamente negocian y ratifican tratados donde se incorporan reglas de gestión de conflictos mediante el uso del arbitraje. La práctica de los Estados se extiende también al campo del litigio.

En consecuencia, la inversión extranjera; en particular, la inversión extranjera directa, se extiende en el mundo a través de una dinámica relacional con múltiples alcances jurídico – económicos, que

no necesariamente se guía por los límites territoriales de los países y que se caracteriza más bien por la existencia de una densa red de contratos. Las operaciones en materia de inversión comprenden desde la admisión y colocación de recursos en determinados ámbitos económicos, el cumplimiento de requisitos de desempeño, entre otros, hasta la solución de controversias aplicando medios internacionales, cumpliendo con una serie de disposiciones legales especializadas, locales e internacionales. Los Estados son entonces actores importantes en la conformación de estas estructuras para el flujo de inversiones.

Operativamente, como se sabe; la inversión abarca flujos financieros y de diversos recursos, donde resultan de suma importancia aspectos como las ventajas y características del marco jurídico aplicable, sea éste de carácter local o internacional; las fortalezas institucionales de los actores públicos y privados; la dimensión y los niveles de especialización de los mercados, entre muchos otros factores; incluyendo la variedad de contratos con mayor o menor participación estatal y donde se aprecia una cada vez mayor dinámica de los flujos de recursos en el espacio transfronterizo.

Destaca así el rol de los Estados en lo que concierne a los nuevos ámbitos para la realización de inversiones, en un tiempo en el cual la doctrina alerta sobre la crisis que

³ El término globalización, al igual que los términos integración internacional y desfronterización (en alemán: Entgrenzung), subsume una amplia gama de factores que se resumen en el común denominador de la profunda transformación del Estado-Nación tradicional, al menos en su forma o manifestación europea así como en su concepción jurídica. Esta transformación afecta el principio de la democracia moderna, en orden a que el Estado Nación ha sido parte de la estructura conceptual que ha permitido su realización exitosa como modelo político; VON BOGDANDY, Armin. Globalization and Europe: How to square Democracy, Globalization and International Law. En: European Journal of International Law, Nov. 2004, 15 Eur. J. Int'l L. p. 886.

⁴ El fenómeno ha sido particularmente interesante en el caso de América Latina, donde una tendencia pro arbitral viene sustituyendo paulatinamente los efectos de la Doctrina Calvo de principios del siglo XX. Ver: KUNDMÜLLER, Franz (2007); El Arbitraje entre el Estado e Inversionistas y la Doctrina Calvo en el Derecho Internacional de las Inversiones; En: Revista Athina No. 3, Octubre de 2007; <http://revistaathina.com/inicio.htm> . Ver además: DARLYMPLE, Christopher (1996); Politics and Foreign Direct Investment: The Multilateral Investment Guarantee Agency and the Calvo Clause; En: Cornell International Law Journal: 29 Cornell Int'l L.J. 161.

⁵ Según la Cámara de Comercio Internacional de París, de conformidad con el reporte estadístico de arbitraje del año 2006, hasta un 10.5% de casos implican a Estados como parte, mientras que en el año 1999 era un 8% el porcentaje de casos en los que los Estados eran parte litigante en arbitrajes comerciales internacionales; ver: <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id5531/index.html>

obliga a la transformación del Estado como concepto y como institución.⁶

A ello sumemos una constatación básica, como es el hecho que la dinámica de la inversión se está dando en un mundo que sigue dividido entre países exportadores y países importadores de inversiones, con la característica que los Estados se han convertido hoy en los garantes soberanos del flujo de la inversión global, internacionalizando para ello sus niveles de compromiso y capacidad de decisión en la materia.

Los Estados actúan, como se ha adelantado, mediante la negociación y ratificación de tratados especializados, como los bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones; en adelante: TBIs; mediante los capítulos de inversiones en los tratados de libre comercio; en adelante: TLCs; o, en general, mediante la celebración de acuerdos internacionales de inversiones; en adelante: AIIs.

A ello se suma la producción normativa interna así como la generación de las respectivas capacidades administrativas, que muchas veces comprenden esquemas de cooperación interinstitucional al interior del propio Estado. Justamente, por ejemplo, la ratificación de un Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos, implica un período de “adecuación” que puede tomar varios meses y la colaboración interinstitucional al interior del Estado.⁷

La denominación AII es la nomenclatura que utiliza la Comisión de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo; en adelante: UNCTAD,⁸ para referirse a TBIs, capítulos de inversiones en TLCs y otros instrumentos. La consideramos adecuada para efectos de contar con una perspectiva que nos permita abarcar en este trabajo la problemática del DII en toda su extensión, a partir de lo que implica el rol de los Estados y su orientación hacia el desarrollo económico en un mundo económicamente inequitativo.

En efecto, el contexto multidimensional que incluye a las inversiones, comprende a su vez una división de poder económico, político y geoestratégico a escala global. Dicha división de poder estaría expresada en una correlación desequilibrada de fuerzas, que en esencia se parece mucho a la que existía en las épocas en las que el mundo estaba dividido entre las grandes potencias o Estados – Nación coloniales y sus colonias en ultramar;⁹ en particular, debido a las relaciones económicas y a partir de la división internacional del trabajo.

De otro lado, salvando las obvias distancias históricas, al igual que en tiempos coloniales, la concentración de capital y recursos financieros y económicos del mundo se da en un número muy reducido de economías y de actores económicos, como las grandes corporaciones, empresas transnacionales o en ámbitos geográficos específicos. Es un hecho, por ejemplo, que las

⁶ Según el profesor Cassese, en el último cuarto de siglo se ha producido un vertiginoso tránsito que va de la soberanía estatal respecto de la economía a la soberanía de la economía sobre el Estado: Nell'ultimo quarto di secolo si sono registrati tre cambiamenti importante nei rapporti tra Stato ed economia: mentre prima lo Stato era sovrano nella materia economica, ora esso perde tale sovranità, proprio a favore della economia; prima lo Stato era prevalentemente pedagogo, ora esso è prevalentemente regolatore; prima il governo dell'economia era unitario, ora esso è frammentato.; En: CASSESE, Sabino (2002); *La Crisi dello Stato*; Editori Laterza; Roma – Bari; p. 36.

⁷ Ver declaraciones conjuntas de funcionarios del Estado peruano sobre la adecuación del Acuerdo de Promoción Comercial en: http://www.tlcpereu-eeuu.gob.pe/index.php?id_noticia=363

⁸ Ver: <http://www.unctad.org/Templates/Startpage.asp?intItemID=2310>

⁹ Ver: SORNARAJAH, M. (2006); *Power and Justice: Third World Resistance in International Law*; En: *Singapore Year Book of International Law*; 10. Y.B.I.L, 19

transnacionales concentran un gran volumen de inversión global y sus beneficios;¹⁰ en particular, ejecutan inversiones a nivel intra firma.¹¹

De ello se deduce que los Estados deberían contar dentro de sus políticas públicas, con lineamientos claros para la interacción con estos grandes operadores globales; en particular, si el objetivo principal consiste en atraer inversiones y en la prevención de posibles conflictos con inversionistas extranjeros. Para tal efecto, diversas fuentes pueden ser tomadas en consideración.¹²

A su vez, no en vano el informe sobre inversión de UNCTAD correspondiente al año 2002 versa precisamente sobre las corporaciones transnacionales y la competitividad de las exportaciones, vinculando así de forma nítida la evolución económica de la competitividad en exportaciones a escala global con dichas corporaciones; y en donde se aprecia que las empresas transnacionales muchas veces tienen mayor capacidad exportadora que los mismos países donde realizan operaciones económicas.¹³

Esto ocurre además frente a un número considerablemente grande de países que concentran a la mayoría de la población mundial y donde la disponibilidad de inversión local en diversos sectores económicos, es limitada. A lo que se suma el hecho que en estos países persisten

históricamente una gama de “pasivos sociales”. Ello se debe a razones estructurales de carácter complejo,¹⁴ donde la problemática económica se combina con factores políticos y de otra índole. Sumemos a lo dicho, que en dichos países se observa un grave deterioro en los índices de desarrollo humano y en la calidad de vida de sus poblaciones.¹⁵

En consecuencia, no debe llamar la atención que la distribución del ingreso per cápita entre los países “desarrollados” y aquellos que se encuentran “en vías de desarrollo”, se ha tornado aún más desigual en las últimas décadas. Por ejemplo, en 1960 el producto bruto interno per cápita promedio en los 20 países más ricos del mundo, superaba en 15 veces aquel de las 20 naciones más pobres. Hoy, esta brecha se ha incrementado hasta 30 veces. En promedio, los países más ricos han crecido económicamente mucho más rápido que los pobres. Es así como el ingreso per cápita de los 20 países más pobres del mundo se ha mantenido estructuralmente inalterado desde 1960, e incluso ha disminuido en varios de ellos, generando el estallido de graves conflictos y guerras en los últimos años. A lo que se suma que los países más pobres, usualmente siguen siendo productores y, de ser el caso, exportadores de bienes primarios.

Salvo algunas excepciones, no han logrado desarrollar significativamente su capacidad de oferta secundaria y terciaria en el mercado global, ni tampoco han logrado superar déficits tecnológicos y de generación

¹⁰ En efecto, 51 empresas concentran un peso económico mayor a la suma del PBI de 49 estados a escala global. Es más, el volumen de negocio de no pocas transnacionales, supera actualmente en exceso al producto bruto interno de diversos países; en particular, de los países “en vías de desarrollo”. En: CASSESE, Sabino (2002); *El Espacio Jurídico Global*. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid; p. 13.

¹¹ Ver: ALFARO, Laura; CHARLTON, Andrew (2007); *Intra Industry Foreign Direct Investment*, NBER Working Paper Series, National Bureau of Economic Research, Working Paper No. 13447, <http://www.nber.org/papers/w13447> ; noviembre 2007

¹² Ver: HILLEMANS, Carolin (2003); *UN Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights*; En: *German Law Journal* No. 10, October 2003; en: <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=330>

¹³ Ver: http://www.unctad.org/en/docs/wir2002_en.pdf

¹⁴ Cfr. SORNARAJAH; *Ibid*.

¹⁵ Ver: *Informe sobre Desarrollo Humano 2007 – 2008 del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo*, referencia en Globalaw: <http://blog.pucp.edu.pe/item/16872>

de conocimiento, contando además con dificultades para articular adecuadas políticas de Estado en función de sus intereses soberanos.

En suma y aunque parezca una generalización, los países “en vías de desarrollo” siguen dedicados a la exportación de materia prima, cosa que ocurre desde tiempos coloniales.¹⁶ La gran mayoría de estos países se encuentran muy lejos de lograr cualquier conversión significativa de su aparato productivo. En consecuencia, se trata de economías que dependen en gran medida de las fluctuaciones de los mercados internacionales de materias primas, no siendo el Perú una excepción, no obstante los procesos de modernización económica de los últimos años.

Tengamos en cuenta que, graficando lo expuesto, el Banco Mundial; en adelante: BM informa que *es improbable que la mayor apertura comercial sea la explicación de porqué los países pobres crecieron en promedio más lentamente que los ricos, puesto que, la apertura propicia ingresos más altos y no más bajos. Por el contrario, sí hay información que apunta a que una mayor apertura comercial ha tendido a reducir la desigualdad entre los países.*¹⁷

En 1990 esa diferencia se incrementó en 60 veces.¹⁸ En consecuencia y al menos por ahora, la globalización no sería una panacea,¹⁹ pues es necesario reconocer que también comprende el crecimiento de la

pobreza en diversos lugares y regiones económicas del mundo. Es así como, Sachs precisa que:²⁰

“...la globalización le ofrece a la población del mundo la oportunidad de escapar de la extrema pobreza, pero lamentablemente no está funcionando así en todas partes. De modo que mientras la China y la India crecen rápidamente, la mayoría de los países africanos está estancada. Algo similar ocurre en la gran mayoría de los países de América Latina y de Asia Central, donde la pobreza ha crecido en vez de disminuir.”

El mismo BM, profundizando en los temas que generan preocupación respecto del destino económico de América Latina, en un informe sobre “Reducción de la pobreza y crecimiento: Círculos virtuosos y círculos viciosos”, señaló que la persistencia y extensión de la pobreza en la región, se expresa en el hecho que el 25% de la población de América Latina vive con menos de 2 dólares por día. El BM aseguró que si las economías de la región quieren lograr mayores tasas de crecimiento y competir con China y el sudeste asiático, deben priorizar la reducción de la desigualdad y la pobreza. Este parece ser el reto actual.

La desigualdad se refleja en el hecho de que el 10% más rico de los latinoamericanos recibe el 48% del ingreso total, y el 10% más

¹⁶ Ver: KUNDMÜLLER, Franz; HERENCIA, Salvador (2006); Estrategias para la Agenda Económico-Social de la Comunidad Andina; Corporación Andina de Fomento, Comisión Andina de Juristas; p. p. 50 y sgts.

¹⁷ Ver: <http://www.bancomundial.org/temas/globalizacion/cuestiones3.htm>; noviembre 2007

¹⁸ Cf. HALLIDAY, F. (1999) Globalização e Relações Internacionais; En: Globalização, Política e Economia, aspectos comparados. Coleção Pensamento Social-Democrata, Brasília, Instituto Teotonio Vilela; pp. 35 – 36.

¹⁹ Jeffrey Sachs opina en ese sentido, es director del Earth Institute y economista asesor del Secretario General de las Naciones Unidas en el marco de la iniciativa para lograr las metas del milenio que en la actualidad tienen alcance global; ver: <http://www.earthinstitute.columbia.edu/about/director>

²⁰ SACHS, Jeffrey (2004); Making Globalization Work for All; En: Project Syndicate, September 2004, publicado en: <http://www.project-syndicate.org/commentary/sachs91>

pobre, apenas percibe el 1,6%. De esta manera y no obstante sus recursos naturales, América Latina se ubica vergonzosamente en la segunda región más desigual del mundo, después de África.²¹

En un mismo sentido, la CEPAL,²² conforme datos de diciembre de 2005, señaló que luego de tres años de crecimiento económico en América Latina, “*cuatro de cada 10 latinoamericanos siguen siendo pobres y de mantenerse el ritmo actual, continuarán sumidos en la pobreza en las próximas décadas*”.

Es así como la estadística y diversos estudios demuestran que en un período de tiempo relativamente largo, la situación de pobreza estructural no ha variado significativamente en la región de América Latina, no existiendo en la actualidad razones suficientemente fundadas que demuestren que las cosas cambiarían en el futuro y generándose así condiciones para que las exigencias sociales se incrementen geométricamente ante los Estados, los mismos que no siempre se encuentran en capacidad de atender a esta creciente demanda.

Agreguemos a lo dicho que en los quince años que hay entre 1990 y el año 2005, el volumen de indigentes y de pobres no indigentes, se mantiene en proporciones significativas de la población latinoamericana. Se trata de un status quo que se mantiene en forma estática y sin empeorar ni mejorar a lo largo de los años.²³

Es en este contexto que la demanda por

inversiones en la región de América Latina e incluso, a escala global, es creciente. Esta demanda subsiste no obstante que prevalecen una gama muy amplia de deficiencias estructurales que dificultan un mejor aprovechamiento de dichas inversiones. La creciente demanda por inversión ocurre; en especial, con posterioridad a una serie de acontecimientos históricos que pusieron fin en lo político al mundo bipolar posterior a la Segunda Guerra Mundial y a sus concepciones macro económicas.

A su vez y como resulta evidente, en los llamados países “en vías de desarrollo” se percibe una necesidad grande para lograr el desarrollo económico, el desarrollo de infraestructura, el mejoramiento del nivel y calidad de vida de las poblaciones, entre otros. Pero, reiteramos, existen elementos estructurales que impiden que dicho mejoramiento se produzca en forma efectiva. Como resulta obvio, este status quo genera formidables retos para los Estados, que con mucha frecuencia se encuentran en serias dificultades para atender crecientes demandas sociales.

A ello se suma el interés político de los respectivos gobiernos y Estados, para lograr mejores resultados económicos, mediante las correspondientes acciones políticas. Esto se traduce en la aplicación de políticas “modernizadoras” a nivel interno. Pero también se traduce en un esfuerzo denodado por incrementar la competitividad y mayor participación en el mercado global o *Global Marketplace*;²⁴ en particular, luego de la extinción del bipolarismo y de la disolución

²¹ DONATO, Santiago. América Latina: Una Región Desigual. En: <http://www.exante.com.ar/PUBLICO/actuales/240206.pdf>.

²² Ver recientes declaraciones del Secretario Ejecutivo de CEPAL, Lima, 20 de setiembre de 2007; En: <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/prensa/noticias/comunicados/6/29896/P29896.xml&xsl=/prensa/tpl/p6f.xsl&base=/prensa/tpl/top-bottom.xsl>

²³ Ver: <http://www.jornada.unam.mx/2005/12/26/022n1eco.php>.

²⁴ Los más de 60 acuerdos regionales celebrados con posterioridad al fracaso de la ronda de DOHA de la OMC en el año 2003, son una demostración de ello y de la bilateralización del comercio internacional. Se instauran así dichos tratados como una alternativa al modelo de integración económica multilateral. Ver: PETERSMANN, Ernst Ulrich (2006); Justice in International Economic Law? From ‘International Economic Law among States’ to ‘International Integration Law and Constitutional Law’; EUI Working Papers LAW No. 2006/46 ; European University Institute; Department of Law

de la Unión Soviética, hechos ocurridos en las postrimerías del siglo XX, configurando así el marco histórico económico de los tiempos contemporáneos.

En consecuencia, la actual y última globalización²⁵ coincide con la caída de los *regímenes de democracia popular*.²⁶ Esto ocurrió durante la paulatina consolidación de los últimos procesos de descolonización, realizados en varios ámbitos geográficos y en distintos continentes.²⁷ Un poco antes, entre 1989 y 1991, se produce la expansión e influencia creciente del Consenso de Washington como proyecto económico liberal global,²⁸ que vino a sustituir al “antiguo” Nuevo Orden, de los tiempos del bipolarismo.

Pero debemos tomar en consideración que el Consenso de Washington ha entrado hoy y al cabo de varios años de vigencia, en una etapa de revisión crítica. Al punto que los diversos proyectos de reforma de los Estados, incluyendo aquellos puestos en práctica en América Latina, han pasado a una etapa de

revisión. Esto ocurre más allá del otrora llamado *triunfo del neoliberalismo*,²⁹ el mismo que fuera proclamado a partir de la década de los años noventa del siglo pasado, mientras se expandían las “economías emergentes”³⁰ en diversas economías del planeta; en espacios locales y regionales.

Lo cierto es que hoy una gama muy amplia de instituciones, reconocidos juristas, economistas³¹, expertos³² y funcionarios internacionales del más alto nivel,³³ participan en el debate global para la necesaria revisión del Consenso de Washington, incluyendo además a un reciente ganador del Premio Nobel, que ha venido produciendo una serie de propuestas frente a los cambios que resulta necesario introducir.³⁴

En consecuencia, este proceso de revisión afecta la perspectiva a adoptar en materia de reforma de los Estados y otorga preeminencia a la necesidad de generar nuevos “consensos” que permitan contar con modelos económicos viables para superar una

²⁵ Sobre la globalización, sus etapas y efectos, ver: KUNDMÜLLER, Franz; HERENCIA, Salvador (2006); *Ibid.*; p. p. 41 y sgts.

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

²⁷ Ver: McMICHAEL, Philip (2000); *Development and Social Change*; Pine Forge Press, California, London, New Delhi.

²⁸ El término Consenso de Washington fue acuñado en 1990 por el economista John Williamson, en un estudio preparado para el Institute for International Economics (<http://www.iie.com>). Es un prominente think tank radicado en Washington DC. El Consenso de Washington implica la adopción de un conjunto de políticas públicas para la reforma económica de los países en desarrollo, tales como: disciplina fiscal, priorización de objetivos para el gasto público, reforma tributaria, liberalización financiera, tipo de cambio único, liberalización del comercio exterior, promoción de la inversión extranjera directa, privatizaciones, desregulación, protección para los derechos de propiedad, etc. Estas políticas fueron adoptadas por un número considerable de Estados a nivel global desde los años ochenta en adelante. Cfr. Petráš, V. (2000); *Towards 2005: Consistencies and inconsistencies of the FTAA process in the face of challenges to the Liberal Democratic Governance Consensus in the Americas*; En: “Summer Institute 2000 Robarts Centre for Canadian Studies”. Toronto-Canadá. Más información en: <http://www.robarts.yorku.ca>; Ver además: KUCZYNSKI, Pedro Pablo y WILLIAMSON, John. *After the Washington Consensus: Restarting Growth and Reform in Latin America*, Institute for International Economics, 2003; En: http://bookstore.iie.com/merchant.mvc?Screen=PROD&Product_Code=350

²⁹ Cf. KRESALJA, Baldo (2003); *La Política en material de Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina*; En: *Derecho Comunitario Andino*; PUCP, Instituto de Estudios Internacionales; p. 235.

³⁰ Cf. NICHOLS, Philip (1999); *Legal Theory of Emerging Economies*; En: *Virginia Journal of International Law* Winter 1999, 39 Va. J. Int'l L. 229.

³¹ Ver: HELD, David (2004); *Globalisation: The Dangers and the Answers*; En: <http://www.openDemocracy.net>

³² Cf. DRACHE, Daniel (2001); *The Post Washington Consensus: The Market Disconnect and The Public Reconnect*; Paper presented at the International Conference: *Beyond the Washington Consensus. Governance and Public Domain in Contrasting Economies*; February 2001 (...); En: <http://isidev.nic.in/pdf/DDrache.PDF>

³³ El director general de la OMC, Pascal Lamy, ha declarado en marzo de 2006 que es necesario pasar del Consenso de Washington al consenso de Ginebra, en orden a que resulta indispensable superar los pasivos sociales. Ver: http://www.sarpn.org.za/documents/d0001869/Lamy_WTO_Feb2006.pdf

³⁴ Cf. STIGLITZ, Joseph (2000); *What I learned at the World Economic Crisis*; En: http://www.robarts.yorku.ca/archives/institute/2000/pdf/stiglitz_worldban.pdf, Agosto 2004.

serie de factores de exclusión social y económica que, no obstante la última globalización, subsisten e incluso se acentúan alarmantemente en el mundo.

Estos factores de exclusión incentivan la aparición de Estados y países “fallidos”, formalmente independientes y con capacidad de autodeterminación, pero con dificultades para la viabilidad económica, contando además con graves problemas y polarizaciones políticas internas. La región de América Latina no es ajena a esta realidad de conflicto; en especial, ante la coyuntura política regional de los últimos años.

En tal sentido, la preocupación actual respecto del desarrollo de regiones como América Latina es doble; en orden a que tanto el modelo marxista inspirador de las “democracias populares”, así como las políticas liberales del fracasado Consenso de Washington, no han logrado su cometido o simplemente no han terminado de resolver los problemas básicos de la población más pobre y excluida del planeta. Esta es una de las características más importantes de la crisis de la concepción del Estado como promotor del bienestar, a partir del fracaso de los modelos instaurados durante el siglo XX.

Agreguemos a esto que, paradójicamente, regresando a la polarización que existe entre países importadores y países exportadores de capitales, son precisamente las ex colonias de las antiguas potencias del siglo XIX, las que actualmente siguen “en vías” de desarrollo, acarreado muchas veces inconmensurables “pasivos sociales”, además de una creciente demanda por inversión.³⁵ A lo que se suman una serie de problemas colaterales no menos importantes, como los

que encontramos en lo referido a los Derechos Humanos, en materia medioambiental y con repercusión a escala global.³⁶

Lo cierto es que en el mundo, salvo algunas pocas excepciones y como ya se ha señalado líneas arriba, el esquema estructural de distribución de actividades económicas tampoco ha variado significativamente durante la última globalización.³⁷ Es más, el ingreso de nuevas fuerzas económicas que demandan bienes primarios en el mundo, como la China Continental o la India, generan un mayor dinamismo en los mercados globales de los bienes primarios e incentivan el incremento de los precios de éstos, pero lo cierto es que solamente producen excedentes económicos de carácter residual en el hemisferio sur; es decir, no necesariamente garantizan el desarrollo económico de los países “en vías de desarrollo”, al no privilegiar el encadenamiento y la diversificación de las actividades productivas.

En consecuencia, no se puede afirmar que en todos los casos, estas nuevas fuerzas económicas contribuyen a crear las condiciones necesarias para fomentar efectos de “arrastre” entre las economías del mundo, donde las economías desarrolladas impulsen y contribuyan con el crecimiento de las economías que están en vías de desarrollo.

Dentro del esquema de distribución de poder que ofrece el mundo contemporáneo, tampoco se registran condiciones suficientes como para impulsar la revolución tecnológica en los países menos desarrollados, ni tampoco para fomentar la necesaria reconversión productiva o la creación de mercados de servicios, entre otros cambios imprescindibles para hacer viable el desarrollo.³⁸ Estos

³⁵ Ver Informe 2007 del Banco Mundial sobre Objetivos del Milenio: <http://econ.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/EXTDATRESINSPA/EXTGMRSPA/EXTGMR2007SPA/0,,contentMDK:21270939~menuPK:3567215~pagePK:3605508~piPK:3605491~theSitePK:3566856,00.html>

³⁶ Ver Programa de Naciones Unidas para el Medioambiente: <http://www.pnuma.org>

³⁷ Cf. McMICHAEL; *Ibid.*; p. 14.

³⁸ Ver: KUNDMÜLLER, Franz; HERENCIA, Salvador; *Ibid.*

escenarios, qué duda cabe, también requieren de decisión política interna y gobernabilidad al interior de los países. Estas condiciones no siempre están presentes en todos los países “en vías de desarrollo”.

Adicionalmente y como elementos que influyen en la concepción y los paradigmas actuales del desarrollo, también se deben tener en cuenta los procesos de descolonización ocurridos con especial énfasis luego de la Segunda Guerra Mundial. Se abrieron así en el mundo los espacios para la concepción e implantación de las primeras políticas para el desarrollo económico y para el surgimiento del Derecho Internacional para el Desarrollo.³⁹ De modo que dichas políticas han sido un factor influyente para pensar y diseñar el desarrollo como meta económico - social, así como la forma como extenderlo internacionalmente, influyendo en el diseño de políticas públicas por parte de los Estados.

Coincidentemente, en esa misma época de post guerra y bajo el imperio de las potencias hegemónicas, el mundo se organizó artificialmente a partir de la idea del “primer”, “segundo” y “tercer” mundos. La concepción actual de la bipartición entre países “desarrollados” y países “en vías de desarrollo”, justamente es heredera de dicha concepción de coexistencia de “mundos”. Veamos; el primer mundo abarcaba los países occidentales no socialistas. El segundo mundo incluía a los países socialistas y del este de Europa, todos o casi todos, bajo la órbita de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

El tercer mundo abarcaba a su vez a todos los demás, al “resto”, incluyendo a buena parte de África, la India, la China Continental y los países de América Latina.⁴⁰ Esta denominación de “tercer mundo” induce a pensar en una suerte de “inframundo” o

mundo “de tercera”. Esto, frente al mundo “de primera” conformado principalmente por las potencias económicas occidentales de orientación eminentemente “eurocéntrica”; es decir, basadas en un concepto europeo del desarrollo y a partir de una perspectiva o “Weltanschauung” arraigada en valores y paradigmas propios del llamado Viejo Mundo. Sin duda, que ahí encontramos una gran contradicción, pues ¿cómo es posible que el desarrollo del “nuevo” mundo se construya a partir de los paradigmas del “viejo” mundo?

Adicionalmente a esta división artificial entre “mundos” de primera, segunda y tercera, en el inicio de la llamada Guerra Fría y hacia enero de 1949, es pertinente mencionar acá que Harry Truman, presidente Norteamericano, acuña el concepto del “desarrollo” de post guerra y sienta las bases para establecer las diferencias entre los países desarrollados y los países “en vías de desarrollo”, evidentemente lo hace a partir de una perspectiva geoestratégica plasmada en armonía con sus intereses nacionales.

Se instaura así el “desarrollismo económico”, que se extendió como concepto y como práctica desde la década de los años 40 del Siglo XX, hasta la década de los años 70 del mismo siglo. El modelo “desarrollista” privilegiaba los mercados regulados por los Estados y las políticas keynesianas de gasto público. Del mismo modo, en el ámbito social, se orientaba por la necesidad de producir “sociedades o estados de bienestar” o “Welfare States”, de carácter homogéneo, a partir del concepto de ciudadanía uniforme y de la igualdad de derechos garantizada por el poder soberano del Estado.

De otro lado, en el plano del desarrollo económico, se privilegió la reproducción de modelos de industrialización occidentales y

³⁹ Cf. McMICHAEL; Ibid. ; p. 9

⁴⁰ Ibid. ; p. 21 – 23.

administraciones económicas nacionales, destacando los casos de países como Brasil, México y la India, que adoptaron dichos modelos en el llamado “tercer” mundo. El factor movilizador por excelencia fue en este período el nacionalismo político y económico, así como las barreras al comercio, a efectos de propiciar el desarrollo “estratégico” de determinados sectores económicos.

Como se conoce, bajo este esquema los estados enfatizaron la vigencia y aplicación de políticas de sustitución de importaciones para promover la industrialización en el “tercer mundo”, incentivando la inversión pública en infraestructura y energía así como la inversión en educación y la promoción de reformas agrarias.⁴¹ Sin embargo, ello se hizo sin necesariamente tomar en cuenta la eficiencia en la división de labores.

En consecuencia, Harry Truman no solo acuñó el concepto de desarrollo, pues además destacó la relevancia del “honesto proceder democrático” o “fair dealing”, pero siempre poniendo en primer plano a los paradigmas occidentales y el correspondiente concepto de “civilización”⁴² derivado en esencia de una perspectiva eurocentrista. Sus palabras fueron:⁴³

“Debemos embarcarnos en un programa totalmente nuevo para lograr que los beneficios de nuestros adelantos científicos y progresos industriales se encuentren a disposición del crecimiento económico y la innovación en los ámbitos menos desarrollados del mundo. En tal sentido, la vieja idea del

imperialismo como factor de explotación que beneficia solamente a las empresas extranjeras, ya no tiene cabida en nuestros planes. Nuestra visión consiste en un programa de desarrollo basado en los conceptos del juego limpio democrático.”

La afirmación de Truman constituye el lanzamiento histórico a escala mundial del “Proyecto para el Desarrollo”. La orientación estratégica de dicho proyecto consistía en prevenir el avance del comunismo en el mundo y no necesariamente se orientaba en forma prioritaria a propiciar el desarrollo per se en las naciones del llamado “tercer mundo”.

Es decir, el proyecto en mención, respondía a un lógico interés hegemónico geoestratégico, en oposición al proyecto hegemónico geoestratégico soviético y chino. Lo que debe llamar la atención en este punto es que al momento de haber Truman inventado conceptualmente el “subdesarrollo” para el mundo, el proyecto para revertir dicho “pernicioso” status quo, se basaba en dos premisas centrales.

La primera, que prescindiendo de toda legítima herencia cultural plural inherente a las naciones a desarrollar mediante el modelo, supuestamente quedaba lógicamente inferido que estas naciones del llamado “tercer mundo” orientarían los esfuerzos para lograr su desarrollo a partir del perfecto modelo “universal” de los países del “primer mundo”. Este se erigía así en el faro que conduciría a buen puerto a todos aquellos países que no correspondían a esta perfecta élite mundial.

⁴¹ Cf. McMICHAEL; Ibid.; p. p. xxiii – xxiv.

⁴² Que por ejemplo recoge el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cuando establece como fuente del Derecho Internacional los “principios de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, enunciado que algunos podrían calificar como discriminatorio, dada la valoración subjetiva de la que es susceptible el enunciado “naciones civilizadas”; Ver: DELBRUCK, Jost (2002); Prospects for a World Internal Law? Legal Developments in a Changing International System; En: Indiana Journal of Global Legal Studies; Indiana University;

⁴³ Cf. McMICHAEL; Ibid. Y también confrontar: GORDON, Ruth; SYLVESTER, Jon (2004); Deconstructing Development; En: Wisconsin International Law Journal; 22 Wis. Int'l. L.J.1; p. 18 – 19.

Es así como no había otra alternativa para el desarrollo, más que seguir la senda de los países “civilizados” de occidente. De este modo, reiteramos, estos países del “primer mundo” pasaban a convertirse automáticamente en el modelo o paradigma definitivo e indiscutible, que encarnaba la “modernidad” a la que indefectiblemente debían aspirar los países periféricos y “pre modernos” del “tercer mundo”.

Y la segunda premisa: también quedó establecido como paradigma que las condiciones y características imperantes en el llamado “tercer mundo”, eran solamente etapas tempranas o previas al desarrollo del modelo universal de la sociedad moderna, encarnado específicamente por los países del denominado como “primer mundo”.⁴⁴ Hoy precisamente se discute desde la teoría del desarrollo sobre la necesidad de “deconstruir” los viejos paradigmas de esta concepción unilateral, occidental o “eurocéntrica” del desarrollo, cuyo colofón fue finalmente el famoso Consenso de Washington.

Como alternativa surge hoy la perspectiva basada en el reconocimiento de las ventajas comparativas, de la pluralidad y diversidad, a partir de las realidades locales que presenta cada contexto social específico. Esto incluye tanto a sus fortalezas como a sus debilidades, a partir de la introducción del pragmatismo como medio de gestión política.

Como se ha sugerido, el camino al desarrollo ha comprendido diversos modelos y filosofías, pero en el fondo de casi todas las teorías aún encontramos la creencia de que el llamado “tercer mundo” o mundo “en vías de desarrollo”, debería seguir los pasos de occidente, involucrando así en mayor o menor medida la acción de los Estados para lograr el ansiado desarrollo.

La búsqueda y el logro del desarrollo se han relacionado entonces desde un principio con la idea de modernidad o modernización europea y como idea central de las diversas teorías, modelos y filosofías de desarrollo.

Es así como la modernización se define comúnmente como “el proceso mediante el cual una sociedad se caracteriza por la creencia en el control científico y racional del entorno físico y social de las personas y por la aplicación de la tecnología para propiciar dicho control.”⁴⁵ Sin embargo, para alcanzar este nivel de perfección conceptual aplicado a la práctica y a la realidad, se entiende que resulta necesario pasar por diversas etapas.

Desde esta perspectiva, éstas comprenderían, según Rostow: a) la etapa de la sociedad tradicional, con limitados recursos científicos y tecnología; b) la etapa en la que el desarrollo científico “moderno” permite incrementar paulatinamente la productividad agrícola e industrial; c) la etapa del “despegue”, cuando los obstáculos al crecimiento económico han sido superados; d) la etapa en la que la tecnología se convierte en un factor predominante y e), la etapa del consumo de masas.⁴⁶

En el contexto de América Latina probablemente las etapas de Rostow no estén claramente delimitadas o establecidas; en particular, porque la inequidad tiene sin duda un correlato social e histórico que genera la disrupción entre las etapas en mención, a lo que se suma el hecho que los pueblos y las naciones conviven en diversos espacios territoriales que a su vez se encuentran en diferentes etapas de desarrollo, evolución o incluso, involución.

⁴⁴ Ibid; McMICHAEL, Philip (2000); p. 24

⁴⁵ Ziauddin Sardar, citado por GORDON, Ruth; SYLVESTER, Jon; Ibid.; p. 16.

⁴⁶ Las etapas las plantea Rostow en su libro de los años 60: “The Stages of Economic Growth: A Non Communist Manifesto; citado por GORDON, Ruth; SYLVESTER, Jon; Ibid.; p. 17 – 18.

En consecuencia, cualquier intento por propiciar el desarrollo debe partir de una perspectiva pragmática y pluralista, que haga viable construir el proceso a partir de las realidades locales, mediante concepciones dinámicas que permitan la aplicación progresiva de políticas para articular lo social con lo económico. Esto tendrá que darse además en un contexto que se caracterizará por la constante presencia del globalismo o proyecto económico global.

El proyecto económico global se registra a partir de los años setenta del siglo XX, luego de la crisis del petróleo y de la eliminación de la paridad de las reservas internacionales con el oro en los Estados Unidos, entre otros acontecimientos que resulta ocioso enumerar en este breve trabajo. Desde el punto de vista de la política económica, el globalismo contemporáneo propugna la idea de los mercados autorregulados y el rol del Estado en materia de regulación, sustituyendo así a las políticas de la post Segunda Guerra Mundial.⁴⁷

A su vez, en el ámbito social, ahora se privilegia la iniciativa privada por vía del libre mercado, mientras que en materia de desarrollo, se promueven los modelos de participación en el mercado global, a partir de ventajas comparativas y donde países como Chile y Corea del Sur, se perciben como modelos relevantes. La competitividad sucede entonces al keynesianismo del “desarrollismo” de posguerra. La presión sobre los Estados para adaptarse a las características y necesidades de los mercados locales y globales es hoy mucho mayor, comprendiendo grandes retos y la necesidad de adoptar estrategias inteligentes en el ámbito de las inversiones. La soberanía de la economía sobre el Estado se ha abierto

camino y se encuentra en proceso de consolidación.⁴⁸

A diferencia del desarrollismo de la posguerra, que tenía como elemento movilizador al nacionalismo, en un contexto de post colonización; en el caso del globalismo nos encontramos ante un modelo que tiene como factor movilizador central la eficiencia y la racionalidad económica de las deudas y los créditos, antes que el gasto público que era característico de los tiempos en los que el Estado ejercía soberanía sobre la economía.

A esto se suman otras iniciativas como la industrialización en determinadas regiones económicas como el Sudeste Asiático, a partir de una orientación económica pro exportadora, a efectos de la generación de excedentes. Por ejemplo, hoy en el Perú se promueve la agro exportación, las privatizaciones, la concesión de servicios públicos, las alianzas público-privadas, la restricción del gasto público y el mayor dinamismo de la cultura empresarial, mediante el impulso de la competitividad en los mercados.

En términos generales, el globalismo contemporáneo privilegia los ajustes estructurales en el ámbito nacional de los países, pero con miras a una mayor apertura económica y competitividad. De otro lado, proliferan los TLCs y las iniciativas de gobernabilidad global a partir de temas económicos y ambientales.⁴⁹ Surge así la discusión sobre los factores de exclusión social y económica que entrañaría el nuevo globalismo o proyecto económico global; en orden a que, como se ha visto, los pasivos sociales se han acentuado a nivel mundial, mientras se incrementa la crítica contra el

⁴⁷ Cf. CASSESE, Sabino; *La Crisi de lo Stato*; *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Cf. McMICHAEL; *Ibid.*

libre comercio y sus efectos adversos en contra del medio ambiente y los Derechos Humanos.⁵⁰

No en vano el discurso de despedida del ex Secretario General de las Naciones Unidas en el año 2006, hizo referencia a la necesidad de que la actual globalización beneficie a la humanidad en su conjunto, siendo necesario que a ello se sume la eliminación de los desórdenes propios de la post Guerra Fría y que se instaure un nuevo orden de paz y libertad, donde los derechos y la dignidad de los individuos estén debidamente protegidos y garantizados.⁵¹ Recordemos además que los últimos tiempos también se han caracterizado por otros acontecimientos de impacto global.

Por ejemplo y como ya se adelantó líneas arriba, en la época inmediatamente anterior a la última globalización, se eliminó la paridad oro – dólar respecto de las reservas de los EEUU, cambiando así un paradigma monetario que se consolidó durante la vigencia del mercantilismo, siglos atrás. También se dio la crisis del petróleo de los años 70 y luego la crisis de la deuda externa de los años 80.

Se trata de eventos que han generado repercusiones globales de diversa “intensidad” jurídico-económica. Hoy no cabe duda que también han influido en el desarrollo del DII, transformando sus bases y generando nuevas proyecciones y modelos de regulación. En consecuencia, estos y otros acontecimientos extienden su influencia a la

interrelación jurídico-económica entre países y entre regiones económicas entre sí, confirmado así la evolución progresiva del DII, al igual que cualquier otra rama del Derecho.⁵²

Es una evolución posterior a los Acuerdos de Bretton Woods y sus instituciones, elementos con los que décadas atrás se cerraron una serie de aspectos económico-jurídicos en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial. Dichos acuerdos se dieron a partir de la idea central de la importancia de la liberalización comercial internacional y la necesidad de procurar la estabilidad económica para el mundo, instaurando el Fondo Monetario Internacional, el Banco para la Reconstrucción y Fomento, entre otros.

En efecto, dicha evolución posterior cobra un nuevo protagonismo en los años noventa del SXX, una vez extinguido el bipolarismo, expresándose en ciertos acontecimientos con impacto global. Se trata, por ejemplo, de la institucionalización del comercio mediante la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), sustituyendo o complementando al GATT. Otro caso a citar es el Foro Económico del Asia – Pacífico; APEC.

A lo que se suma la creación del Grupo de los ocho o G-8 o la constitución de la Unión Europea (UE), como última etapa de la integración de esta región económica, dando lugar a la Eurozona.⁵³

⁵⁰ Ver por ejemplo: OXFAM (2006); Informe No. 90, Cantos de Sirena; Porqué los TLCs de Estados Unidos con los Países Andinos socavan el Desarrollo Sostenible y la Integración Regional; junio 2006. En: <http://www.comerciojusticia.com>

⁵¹ Cf. PETERSMANN; *Ibid.*; p. 1.

⁵² Ver respecto de la “crisis del Derecho” y su constante evolución: DEL VECCHIO, Giorgio (1934); *The Crisis of the Science of Law*; En: *Tulane Law Review*, Vol. VIII, April 1934, No. 3; p. p. 321 – 336.

⁵³ En el ámbito de las relaciones entre la Unión Europea y los países de América Latina y el Caribe, cabe referir la importancia de los acuerdos Lomé y Cotonú, que son un importante antecedente de la vinculación jurídico económica que se viene gestando en la actualidad entre estas regiones; en particular, en lo referente a un posible acuerdo de asociación y cooperación comercial a negociarse próximamente entre la Unión Europea y un grupo de países andinos. Sobre los acuerdos de Lomé y Cotonú ver: FAIRLIE REINOSO, Alan (2007); *Bases para una Negociación Justa entre la Unión Europea y la Comunidad Andina*; Editorial CAN, Plades.

También se negoció y ratificó el Tratado de Libre Comercio de América del Norte; en adelante: NAFTA por sus siglas en inglés, la Cumbre de las Américas y el postpanamericanista proyecto de Área de Libre Comercio de las Américas; ALCA, ahora en suspenso; el MERCOSUR y el relanzamiento de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), por solo citar algunos de los eventos mas cercanos en el tiempo y mencionados acá en forma aleatoria, con la única finalidad de graficar las últimas dinámicas que ofrece esta globalización. En todos estos escenarios, en mayor o en menor medida, hay referencia al DII y su importancia para el desarrollo así como una constante preocupación por el incentivo al libre comercio como factor dinamizador de las economías locales y regionales, a manera de reedición de los “Zollvereine” alemanes del Siglo XIX.⁵⁴

A su vez, en cada caso se han producido dinámicas posteriores; por cierto, no todas de la misma intensidad y alcances positivos, pero conceptualmente herederas de la idea primigenia del libre comercio, comprobándose así la relación entre los diversos períodos de la globalización. Es así como, si bien algunos proyectos como el Área

de Libre Comercio de las Américas; ALCA, se han aletargado ante el declive de la multilateralización comercial global,⁵⁵ han surgido como alternativa los TLCs o Acuerdos de Promoción Comercial, como el que recientemente ha negociado el Perú con EE.UU., que se plasman bilateralmente, que vinculan la relación jurídico económica de dos países totalmente asimétricos entre sí.

Como sabemos, para los Estados Unidos, el interés principal que motiva un TLC con un país como el Perú, radica en el ámbito de la seguridad nacional y de la lucha contra el narcotráfico, mientras que para el Perú, se le percibe como una oportunidad para el desarrollo económico por parte de un sector de las élites empresariales,⁵⁶ aunque no queden claras cuales son las políticas nacionales que serán adoptadas y puestas en práctica estratégicamente y con miras al desarrollo económico nacional a partir del TLC. Así las cosas, queda seguir con atención el proceso de “compatibilización” que se inicia con la aprobación del referido tratado en los estamentos correspondientes de ambos países.

En suma y regresando a las reflexiones sobre el Estado y el desarrollo; durante la

⁵⁴ Cuando en 1814 se levantaron las prohibiciones napoleónicas para el ingreso de productos ingleses a Europa, se produjo una avalancha de dichos productos; en especial, de textiles; los mismos que inundaron los mercados alemanes. Los nuevos Estados alemanes procuraron frenar dicha situación mediante la elevación de aranceles a la importación. Los resultados de dichas políticas comerciales resultaron ser peores que los efectos del bloqueo napoleónico, pues cada estado desarrolló sus propias estructuras arancelarias. Es así como en el Congreso de Viena se establecieron 38 sistemas arancelarios limitativos del comercio exterior de los Estados alemanes. El economista Friedrich List, autor de los Zollvereine alemanes, advirtió los problemas derivados de dicha situación y de los efectos negativos de la proliferación de estructuras arancelarias diversas y limitativas del comercio. Es por ello que en 1819 presentó un pedido al parlamento de Frankfurt, sustentando la necesidad de unificar los aranceles alemanes. Prusia, uno de los estados alemanes mas importantes, acogió la propuesta y la puso en práctica. Pero fue recién en 1828 que el ministro prusiano de finanzas, Friedrich von Motz, suscribió el primer tratado con el Estado de Hessen (Preussisch-Hessischen Zollverein) para unificar aranceles. Posteriormente se unifican otros Estados alemanes a esta iniciativa, sentando las bases para la unificación alemana. Ver: BLANKART, Charles (...); Deutscher Zollverein; En: http://www.preussen.de/de/geschichte/preussenlexikon/a-m/deutscher_zollverein.html ; consultada en marzo 2007.

⁵⁵ En efecto, en la última reunión de la Organización Mundial del Comercio llevada a cabo en Potsdam se confirma esta tendencia, expresada en sendos comunicados formulados por los Estados Unidos de Norteamérica y por la autoridad comercial de la Unión Europea, donde dan cuenta de las dificultades para proseguir con la Ronda de Doha. Ver: Globalaw, en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/10929>; Comunicado de la Unión Europea, en: http://ec.europa.eu/commission_barroso/mandelson/speeches_articles/sppm158_en.htm ; Comunicado de la autoridad comercial de los Estados Unidos de Norteamérica, en: http://www.ustr.gov/Document_Library/Press_Releases/2007/June/Statecomercial_from_USTR_Ambassador_Susan_C_Schwab_USDA_Secretary_Mike_Johanns_on_Doha_Round.html

⁵⁶ Ver artículo de Ariela Ruiz Caro en Worldpress.org; comentando la aprobación del Acuerdo de Promoción Comercial USA-Perú, noviembre de 2007; en: <http://64.233.169.104/search?q=cache:rNtNqVIFGYJ:www.worldpress.org/Americas/2993.cfm+free+trade+agreements+and+security&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=pe>

última globalización, el mundo se está estructurando “multipolarmente” a partir de unas 250 regiones o zonas económicas de libre comercio, uniones aduaneras y bajo otros modelos de integración. Todas estas iniciativas corresponden a diversos motivos e intereses. Pero, no obstante la relevancia de la idea fuerza de la cooperación económica como principio articulador de tipo comunitario global, lo cierto es que aún se percibe una tendencia hacia la bilateralización de las relaciones internacionales económicas; en particular, en el caso de la explosión de TBIs y en lo concerniente al crecimiento del volumen de AIIs en general.

A ello se suma la necesidad de contar con instituciones jurídicas eficientes y de alcance global, para regular diversos asuntos como la preservación y tutela de la libre competencia, pero también lo referido al interés y dominio públicos, entre otros. Para tener una idea, solamente en el año 2005 se celebraron en el mundo unos 162 AIIs, con lo que el número total acumulado de éstos, que a su vez obligan a muchos países hacia el mismo año 2005, ascendía ya a 5,500.⁵⁷ Este universo incluye durante la última globalización una gama de AIIs, que forman parte del DII contemporáneo. Dentro del conjunto de AIIs destacan, como se ha señalado, los TBIs y los capítulos de inversiones de los TLCs. Muchos de estos AIIs contienen reglas que remiten al CIADI las controversias sobre derechos sustantivos en materia de DII.

En este océano-contexto jurídico-económico internacional de los AIIs,

concurren peces grandes y chicos, las potencias globales y las potencias intermedias emergentes, alrededor de las cuales se agrupan los países periféricos de menor capacidad de concentración de poder geoestratégico y económico en el mundo, conformando así un variado mosaico propicio para poner en práctica la teoría de los juegos, antes que las reglas del ajedrez.

Entre éstos actores claro que están incluidos los países en vías de desarrollo, que incluyen a aquellos que cuentan con economías emergentes. Estos buscan permanentemente oportunidades y alianzas estratégicas para incrementar su participación en el *Global Marketplace*.⁵⁸

Esto se da mediante una agresiva dinámica de competencia más parecida a las prácticas teorizadas por Hobbes y su “homo lupus”, antes que por la vía de decisiones democráticas orientadas por la necesidad de lograr el bienestar común. Pero en paralelo, se propicia el desarrollo de nuevos medios jurídicos para la integración y la regulación de los flujos económico-comerciales. Esta emergente megaestructura global, que tiene tanto de estructura como de cuasi estructura, tiende a densificarse,⁵⁹ como si se tratara de un gran coral en el océano de la globalización, privilegiando la conformación de redes antes que la formación de estructuras verticales y estamentarias.

Este constructo comprende; por ejemplo y como ya se ha señalado, la irrupción en el escenario económico-comercial global de los países del Este

⁵⁷ UNCTAD (2006); IIA Monitor, International Investment Agreements; UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2006/7; p. 2.

⁵⁸ Cf. PETERSMANN; Ibid.

⁵⁹ Un importante indicador que permite percibir la “densidad” de la actual globalización lo encontramos en el hecho que al año 2005 un tercio ni más ni menos, de las reservas en moneda extranjera de la China continental, se encontraba consignado en bonos del Tesoro Americano de los EE.UU.. En aquel entonces el total de las reservas chinas alcanzaban la cantidad de 700 billones de dólares. Ver: GOODMAN, Peter (2005); China Pledges not to unload U.S. T-Bills; En: Washington Post Foreign Service; Sept 10, 2005; En:<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/09/09/AR2005090902025.html>

europeo, la India⁶⁰ y la China,⁶¹ así como la creciente relevancia de la Eurozona y sus nuevos asociados de Europa del Este. Estamos entonces en una época en la que regresan a la palestra los viejos espacios otrora integrados por la Ruta de la Seda que unía a Europa y China, pero donde también se puede verificar que los contenidos conceptuales occidentales están puestos a prueba frente al incremento del comercio y las inversiones.

Estas pasan a ser una vez más el factor amalgamador global, fuente de múltiples integraciones y desintegraciones, no exentas de escenarios conflictivos locales e internacionales.

En suma, no cabe duda que las regiones económicas del mundo coexisten hoy en distintos niveles de desarrollo institucional y económico, colaborando y compitiendo al mismo tiempo. Sin embargo, al interior de y entre las regiones económicas del mundo entre sí; reiteramos, persisten altos niveles de

inequidad, acompañados de graves factores de exclusión social y económica, mientras se consolidan una serie de alianzas de diverso cuño.⁶² Destacan en la actual coyuntura los casos de los llamados países “fallidos”⁶³ o de los países menos desarrollados⁶⁴ o avanzados, ubicados en diversos espacios geográficos como África⁶⁵ y América Latina.⁶⁶ Se configura así un espacio que demanda el replanteamiento del rol de los Estados frente a las nuevas realidades globales.

En este contexto, algunos instrumentos internacionales relevantes surgidos en el campo del DII; como por ejemplo, el CIADI,⁶⁷ adquieren especial importancia. Este tratado multilateral se gestó hacia mediados del siglo XX,⁶⁸ precisamente en los tiempos de la última descolonización inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial.

Era un correlato del surgimiento de nuevos Estados en los territorios de las antiguas colonias europeas y ante la necesidad

⁶⁰ Ver: PANGARIYA, Arvind (2005); *The Triumph of India's Market Reforms, The Record of the 1980s and 1990s*; En: Policy Analysis, November 7, 2005; No. 554; Cato Institute.

⁶¹ El año pasado (2006) China creció 10.7%, y en alguna de sus provincias costeras, como Guandong y Fujian, el crecimiento fue 20% anual. Pero este auge no es excepcional: en los últimos 4 años, China creció por encima del 10% anual, y en los últimos 28 años la tasa anual promedio ha sido 9.6%. Por eso el producto se multiplicó por cinco en 28 años, y el ingreso real per cápita se duplicó cada 8; y es esta la expansión, realizada a la tasa más alta por el periodo más prolongado en la historia del capitalismo desde la Revolución Industrial, que fue considerada la semana pasada por el primer ministro chino, Weng Jiabao, como “inestable, desequilibrada, descoordinada e insostenible” (...). China representa el 5.5% del PBI mundial, pero consume 15% de la energía que se produce en el mundo. El cálculo del gobierno chino, es que importará en el 2020 el 75% del petróleo que consume, el doble que el nivel actual, y consumirá el 10.6% del petróleo mundial; En: CASTRO, Jorge (2007); *La Nueva Revolución China*; En: Cronista Comercial, Argentina, 26/03/2007; publicado por: La Red Latinoamericana de Política Comercial; boletín publicado por Internet; Año 5, No. 206, 30 de Marzo de 2007.

⁶² Ver sobre las alianzas “virtuales” de las metrópolis, que se realizan por medios electrónicos: FRUG, Gerald; BARRON, David (2006); *International Local Government Law*; En: *The Urban Lawyer* Vol. 38, No. 1, Winter 2006; En: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Barron_Paper.pdf; junio 2007.

⁶³ Conforme los indicadores de Foreign Policy, el Perú es un país en peligro de convertirse en “fallido”, mientras Colombia se encuentra en estado crítico y tanto Venezuela y Paraguay comparten la misma calificación que la que recibe el Perú. Por el contrario, Uruguay, Chile, Brasil y Argentina no se encuentran ni en una situación límite, ni en peligro ni en estado crítico. Ver mayores detalles en: http://www.foreignpolicy.com/story/cms.php?story_id=3098

⁶⁴ UNCTAD ha publicado recientemente un informe completo al respecto, destacando el impacto negativo que tiene el déficit tecnológico y de conocimiento en materia de desarrollo económico. Ver referencia al Informe UNCTAD 2007 sobre países menos desarrollados en Blog Globalaw de la Pontificia Universidad Católica del Perú; en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/12378>, visitado Agosto 2007.

⁶⁵ Ver: RIZVI, Haider (2006); *Desarrollo: El abismo de la inequidad*; En: <http://www.ipsnoticias.net/nota.asp?idnews=34917>

⁶⁶ Ver publicación de la Fundación Canadiense para Las Américas en:

<http://www.focal.ca/pdf/inequidad.pdf#search=%22inequidad%20america%20latina%22>

⁶⁷ Ver: KUNDMÜLLER, Franz; RUBIO, Roger (2006); *El Arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte*; En: *Revista Lima Arbitration*, publicación electrónica del Círculo Peruano de Arbitraje; ver: <http://www.limaarbitration.net/revista.htm>

⁶⁸ En la misma época se desarrolla la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras; Convención de Nueva York, que es el colofón de la evolución arbitral moderna e instaura por vía de un tratado multilateral las disciplinas propias del arbitraje como institución jurídica y medio especializado de solución de controversias. Ver: <http://www.uncitral.org>

de contar con un medio de solución de controversias que permita reunir a los países importadores y exportadores de inversiones frente a las tendencias a favor de las nacionalizaciones y expropiaciones originadas en y por los procesos de descolonización. El CIADI recoge entonces un concepto “desarrollista”, en los términos y de conformidad con las razones expuestas líneas arriba, otorgando además un espacio para que los actores que no son Estados; es decir, los inversionistas, puedan recurrir al arbitraje internacional en contra de los Estados.

De otro lado, el tratado del CIADI destaca el rol de las inversiones internacionales, en lo que concierne al desarrollo económico a partir de la cooperación internacional, en el contexto del emergente DII. Sin embargo, también es cierto que el tratado no privilegia un modelo de desarrollo específico. Hace referencia al término como si se tratara de un valor económico que tiene que ver con la función de la inversión.

Del mismo modo, el tratado precisó los alcances del CIADI como institución internacional autónoma, en los siguientes términos, cosa que debe ser analizada a la luz de lo expresado líneas arriba; en particular, a partir de la concepción de desarrollo gestada a lo largo de la historia contemporánea:⁶⁹

Los Estados Contratantes

Considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las

inversiones internacionales de carácter privado;...

A lo que se suma lo que precisa el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial acerca del Convenio CIADI, de conformidad con el párrafo 13:⁷⁰

13. Aunque el objetivo general del convenio es estimular las inversiones privadas internacionales, sus disposiciones mantienen un cuidadoso equilibrio entre los intereses del inversionista y los de los Estados receptores. Además, el convenio permite la incoación de los procedimientos, tanto a los Estados como a los inversionistas, y los Directores Ejecutivos han tenido siempre presente ambos casos al redactar las disposiciones del convenio.

Siguiendo con lo establecido en el texto citado, se puede apreciar que es concordante con el preámbulo de la Convención. Si bien, como se ha señalado, el CIADI no contiene una fórmula ni definición de lo que es o lo que se entiende por desarrollo económico ni cómo alcanzarlo, lo cierto es que en el Preámbulo y en el Informe se vincula el concepto con las inversiones internacionales y con la relevancia de la cooperación internacional para el desarrollo. Por lo que cabe asumir que, como es lógico, la idea de desarrollo contenida en CIADI obedece también a una perspectiva occidental y “eurocentrista” propia de la época en que el tratado fue diseñado bajo los auspicios del BM.⁷¹

⁶⁹ ICSID (2003); Convenio Ciadi, Reglamento y Reglas; CIADI 15 Rev. 1; Washington D.C.; p. 11; En: <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>

⁷⁰ CIADI (2006); CIADI, Convenio, Reglamento y Reglas del CIADI; Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones; p. 41.

⁷¹ Cf. GOODMAN. Charity (2007); Uncharted Waters: Financial Crisis and Enforcement of ICSID awards in Argentina; en: University of Pennsylvania Journal of International Economic Law; 28 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 449; p. 454 – 455.

Sin embargo, se agrega además la necesidad de establecer un equilibrio entre Estados e inversionistas, respecto de la problemática internacional de las inversiones extranjeras, dada la complejidad del tema, su carácter conflictivo y la diversidad de pareceres e intereses que entraña la problemática de la inversión extranjera en el mundo.

Dicho equilibrio se expresa en la seguridad jurídica que supone para la comunidad internacional el poder contar con un tratado internacional multilateral de las características que ofrece el tratado materia de comentario. Además de ello, su configuración jurídica y su diseño institucional, constituyen una evolución significativa a partir de diversos ámbitos del Derecho Internacional y del Derecho Público.

Ello, en orden a que el CIADI como Convenio o Tratado Internacional, vincula a los Estados que lo ratifican, pero solo en los términos previstos en el tratado. Es así como genera obligaciones de Derecho Internacional Público para los Estados, las mismas que se estructuran a partir de los compromisos que cada Estado asuma en aplicación del Tratado. Sin embargo, el tratado puede operar en forma concurrente con los TBIs, con los capítulos de inversiones en los TLCs o en general, con lo establecido en el o los AII que corresponda. Este carácter concurrente contemporáneo del CIADI, reviste particular importancia en los tiempos de expansión de los AII a escala global.

Pero antes de proseguir con la reflexión iniciada sobre las características del derecho que regula el CIADI para inversionistas y Estados, es pertinente destacar acá que la historia demuestra que la relación entre

Desarrollo y Derecho o Derecho Internacional, no es pacífica. Existen diversas razones históricas, jurídicas, económicas y políticas, que explican la complejidad y sofisticación que entraña dicha relación.

Factores como la evolución del comercio, el concepto de soberanía instaurado con posterioridad a la Paz de Westfalia en el Siglo XVII,⁷² la fundación del Estado Moderno y soberano con posterioridad a la Revolución Francesa, la consolidación de los Estados Nación y la ulterior evolución de la Revolución Industrial así como el derrotero de los procesos de Colonización y Descolonización, son solamente una parte del panorama a tomar en consideración, a efectos de esbozar en forma integral las tensiones que supuso dicha relación a lo largo del tiempo y los diversos escenarios en los que se dieron las expresiones del Derecho Internacional a lo largo de la historia.

La evolución del Derecho Internacional ha tenido en este contexto una secuela interesante; en particular, en lo que concierne a la idea de soberanía y la característica de actores internacionales exclusivos y excluyentes que han tenido los Estados en el ámbito internacional; en particular, a partir de los parámetros establecidos mediante los tratados de la Paz de Westfalia. Vemos así como las disciplinas de protección de las personas y la responsabilidad de los Estados, da lugar hoy a otras disciplinas especializadas reguladas por el DII como el trato nacional, el trato justo y equitativo, la protección y seguridad plenas, entre otras.

El arbitraje del CIADI se ubica en la intersección de factores jurídicos, económicos y políticos. Lo jurídico está representado por

⁷² Ver: STRAUMANN, Benjamin (2007): *The Peace of Westphalia (1648) as a Secular Constitution*; IILJ Working Paper 2007/7; *History and Theory of International Law Series*, New York University School of Law, Institute for International Law and Justice.

el hecho que se trata de un tratado internacional. En consecuencia, comprende y regula las relaciones entre Estados, en las materias previstas en el propio tratado CIADI, en lo que concierne al arbitraje entre Estados e inversionistas.

En el plano económico, no se puede soslayar el hecho que el CIADI es una institución que tiene origen en el Banco Mundial. Si bien mantiene autonomía institucional respecto del referido Banco, también es cierto que, como se ha señalado, se adscribe a una concepción económica que tiene su origen más remoto en los acuerdos de Bretton Woods, que le dieron forma al Derecho Internacional Económico posterior a la Segunda Guerra Mundial. Dichos acuerdos comprometieron a los Estados en la necesidad de asumir una prospectiva económico – jurídica armónica con una serie de valores que otorgaron relevancia a diversas libertades económicas y donde el “desarrollismo” de la época era una idea inspiradora del CIADI.

Finalmente, en el plano político cabe tomar en consideración que hoy el CIADI se ubica justamente entre los importadores y los exportadores de capital a escala global. En tal sentido, los intereses políticos que se encuentran en el ámbito global de interacción entre ambos sectores, adquieren una dimensión de singular importancia. Es por ello que el CIADI ha cobrado actualidad; en especial, cuando se registra un incremento significativo de las inversiones y del comercio a escala global.

Como ya se ha adelantado, la problemática actual de la gestión de conflictos entre Estados e inversionistas comprende la acción de diversos “actores relevantes” que operan en el mundo, los mismos que obedecen a diversos intereses políticos y económicos. Habíamos mencionado a las empresas transnacionales, pero también están las

burocracias estatales; en especial, las de los países receptores y naturalmente, también están los Estados y sus regímenes de tratamiento de las inversiones extranjeras.

A ello se suman las organizaciones no gubernamentales. Estas tienen hoy una presencia global creciente e incluso tienden a ocupar espacios que los propios Estados ya no se encuentran en capacidad de abarcar. Es así como concurren en el escenario global, alegando que abogan o defienden intereses de individuos o colectividades en diversos lugares del mundo. La enumeración de actores podría ser más amplia, dado que en la actualidad el impacto de las tecnologías de la información y comunicaciones, está generando la presencia generalizada de diversas personas e instituciones, a partir de una variada gama de activismos “presenciales” y “virtuales”.

Sin perjuicio de lo señalado líneas arriba, el arbitraje en inversiones ha generado siempre conflictos ideológicos entre los países exportadores y los países importadores o receptores de inversiones. Los primeros, generalmente países industrializados “desarrollados”, mientras que los segundos, países “en vías de desarrollo”. El surgimiento del CIADI a mediados del siglo pasado, era una respuesta a la confrontación política de la época, ofreciendo soluciones jurídicas, económicas y también políticas, en el contexto del desarrollismo que se esperaba beneficiaría a los llamados países del “tercer mundo”.

Las tensiones propias de dichos conflictos ideológicos se expresan hoy, por ejemplo, en la definición del concepto de “inversión cubierta” que contienen los AII y donde se registra en la actualidad una tendencia a favor de ampliar las diversas concepciones de inversión, que abarca la definición; incluyendo contratos, derechos adquiridos, propiedad y muchos otros factores

que originalmente no se consideraban como inversión.⁷³

El marco normativo del CIADI incorporó así en forma innovadora una serie de aspectos como la renuncia a la protección diplomática por parte de los inversionistas extranjeros, así como la exclusión de la obligación de agotar previamente las vías o instancias internas del país receptor de la inversión, antes de poder recurrir a los medios de solución de controversias del tratado CIADI, en el ámbito internacional, entre otras.

El CIADI plasmó dichas obligaciones y derechos, reiteramos, con rango de norma contenida en un tratado internacional. Esto comprende efectos en materia de Derecho Internacional Público, generando la potencial responsabilidad de los Estados debido al eventual incumplimiento del tratado, pero también, en el ámbito del derecho interno de los Estados parte del tratado. Como sabemos, por ejemplo, los tratados internacionales de los que el Perú es parte, son incorporados al derecho interno y adquieren el rango que corresponda a la metodología de aprobación equivalente, dependiendo de los efectos que el tratado generará en el sistema jurídico nacional.

En consecuencia, la lógica jurídica del CIADI consiste en ofrecer una vía de solución de controversias; un camino de consenso entre Estados, de modo que en la medida que se cumplan determinados requisitos, sea factible recurrir a la institución a efectos de resolver

las controversias jurídicas derivadas de una inversión, entre un inversionista cuya nacionalidad corresponda a un Estado que sea parte del CIADI y un Estado que sea parte del CIADI. Es por ello que el CIADI es esencialmente un ente facilitador del arbitraje, que se encarga de organizar y administrar el trámite arbitral, en el marco de su marco normativo de Derecho Internacional.

Sin embargo, el tratado CIADI, de la misma manera como no define lo que es el desarrollo económico, tampoco define lo que es una inversión extranjera. Es así como al referirse al concepto de inversión, solamente precisa que las controversias a ser resueltas por el arbitraje del CIADI deben versar sobre inversiones y deben ser de carácter legal. De este modo quedan excluidos de plano los conflictos de interés y se resalta el carácter eminentemente jurídico de este medio especializado de solución de controversias, resultando de suma importancia la evaluación caso por caso, a partir del AII respectivo y en la medida que el mismo remita la controversia al CIADI.

De otro lado, si bien casi el 100% de la doctrina sobre arbitraje y solución de controversias entre inversionistas extranjeros y Estados, se concentra en la necesidad de facilitar el acceso de los inversionistas a los sistemas o foros internacionales de solución de controversias, así como en la idoneidad de los medios para lograr dicho acceso, cabe referir en este punto que la Convención CIADI también contiene disposiciones que

⁷³ Ver por ejemplo, la definición de inversión en el Capítulo X del TLC o APC Perú – USA: Inversión significa 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(...); En: <http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/10.Inversion.pdf>

permiten que un Estado recurra en contra de un inversionista,⁷⁴ utilizando la vía de la conciliación o el arbitraje.⁷⁵

Esto está previsto en los Artículos 28 y 36 del CIADI. No obstante, cabe destacar que la aplicación de la Convención depende del consentimiento manifestado por las partes en un AII o en un convenio arbitral especial. De otro lado, la jurisprudencia arbitral en materia de inversiones consagró en su oportunidad el principio de igualdad entre inversionistas y Estados en el caso AMCO, en armonía con la necesidad de proteger el “interés general” tanto de países “desarrollados” como de países “en vías de desarrollo”: *“Thus, the Convention is aimed to protect, to the same extent and with the same vigour the investor and the host state, not forgetting that to protect investments is to protect the general interest of developed and of developing countries”*.⁷⁶

Sin perjuicio del criterio antes citado, algunas fuentes sostienen que es curioso que el gran volumen de jurisprudencia producida a partir de la aplicación del tratado CIADI, se ha inspirado principalmente por la necesidad de proteger a la inversión extranjera frente a los Estados, a partir de disciplinas como el trato nacional, el trato justo y equitativo, las restricciones a la expropiación directa o indirecta, entre otras; antes que de ocuparse de preservar el principio de igualdad antes citado, haciéndolo en función de las necesidad

de brindar tutela al derecho al desarrollo de los países.⁷⁷ Uno de los casos que se evoca con frecuencia, referido a esta problemática, es el caso Klöckner con Camerún.

Si bien se trata de una controversia de mediados de los años ochenta, resulta de interés para graficar lo expuesto. En efecto, la empresa Klöckner celebró un contrato con el gobierno de Camerún, comprometiéndose a construir una planta para la producción de fertilizantes que sería operada bajo la forma de joint venture por las partes, una vez concluida. Una vez terminadas las obras, la empresa alegó que Camerún no había cumplido con pagar lo que le correspondía en el marco del contrato. De otro lado, Cameroon alegó que el proyecto no había sido adecuadamente desarrollado y puesto en funcionamiento.

El primer tribunal arbitral constituido en aplicación del CIADI por acuerdo de voluntades entre las partes, interpretó una serie de obligaciones en el marco del contrato, destacando que éste había sido celebrado entre una empresa transnacional y un Estado que correspondía a un país “en vías de desarrollo”. En el laudo el tribunal arbitral expresó su opinión en el sentido que el rendimiento de la planta productora de fertilizantes resultaba de suma importancia para el sector agrícola de Camerún y para su desarrollo económico.

⁷⁴ Para una visión crítica sobre el CIADI, el tercer mundo y el mayor énfasis que el DII otorga a la protección de los inversionistas, ver: ODUMOSU, Ibrinke (2007) ; The Antinomies of the (continued) relevance of ICSID to the Third World; En: San Diego International Law Journal; San Diego Int'l L. J.; 345.

⁷⁵ Nuevamente, esto dependerá del tipo de AII que sirva de base jurídica para acceder al arbitraje. Por ejemplo, en el Capítulo X del TLC (APC) Perú – Estados Unidos de Norteamérica, solamente el inversionista puede activar el medio de solución de controversias, siguiendo así un modelo de regulación usual en los capítulos de inversiones contenidos en los tratados de libre comercio de última generación. Ver: KUNDMÜLLER, Franz (2005); El Arbitraje y los Tratados de Libre Comercio; En: Revista Peruana de Arbitraje; No. 1/2005; Editorial Grijley, p. p. 132 – 133.

⁷⁶ Lo que traducimos como: “En consecuencia, la Convención (CIADI) tiene la finalidad de proteger en la misma intensidad y con el mismo vigor al inversionista y al Estado receptor, tomando en consideración que la protección de la inversión extranjera implica la protección del interés general tanto de los países desarrollados como de los países en vías de desarrollo”; En: UNCTAD (2003); Course on Dispute Settlement, International Centre for the Settlement of Investment Disputes; 2.1. Overview; UNCTAD/EDM/Misc.232; p. 11

⁷⁷ Cf. ODUMOSU: Ibid.; p. 365.

En consecuencia, concluyó el tribunal arbitral, que no resultaba suficiente que la empresa solamente construya la planta, pues ésta debía de cumplir con las expectativas económicas de ambas partes y tener además la capacidad suficiente de producción, además de ser administrada de forma que el proyecto objeto del contrato, cumpla sus objetivos. Con este criterio, el tribunal parece haber inferido que el rendimiento del contrato que comprendía una inversión extranjera como la que llevó a cabo Klöckner en Camerún, debía de satisfacer las expectativas e intereses de un país en “vías de desarrollo” como el antes mencionado. Siguiendo esta línea de reflexión y formación de criterio, el tribunal desestimó las pretensiones de ambas partes.

Posteriormente y en aplicación de las reglas de impugnación de laudos contenidas en el ordenamiento jurídico del CIADI, el laudo fue anulado debido a que no se produjo mediante la correcta aplicación de la legislación de Camerún sobre la materia.⁷⁸

Como podemos constatar en el caso materia de comentario, nos encontramos ante un arbitraje que no deriva de un TBI ni del capítulo de inversiones de un TLC y más bien tiene origen en un convenio de inversiones entre el Estado y el Inversionista, en el cual pactan el arbitraje del CIADI, estableciendo así las condiciones para que en armonía con el tratado, el derecho aplicable sea el del Estado receptor de la inversión.

A su vez, en el caso Antoine Goetze con República de Burundi,⁷⁹ se incluyó por parte del tribunal arbitral una referencia a la dimensión económica de las acciones del Estado, que a su vez motivaron el arbitraje por parte del inversionista. En este caso el tribunal arbitral aludió al “bien común” y al “interés de

la economía nacional” (de Burundi), que habían servido de base para las decisiones del gobierno de dicho país. El arbitraje versó sobre las alegadas medidas expropiatorias indirectas llevadas a cabo por Burundi, en contra del inversionista, las mismas que habían sido reclamadas en aplicación de las reglas del TBI de 1989 pactado entre los países del BENELUX (Bélgica, Holanda y Luxemburgo) y Burundi.

En este caso Burundi retiró un “certificado de exoneraciones tributarias” que había sido extendido anteriormente a favor del inversionista y mediante el cual se le exoneraba de una serie de obligaciones tributarias de carácter aduanero y no aduanero, pero no se establecía compromiso de estabilidad jurídica. En consecuencia, Burundi retiró los privilegios tributarios a la compañía en orden a que dichos privilegios ya no correspondían a las empresas dedicadas a la extracción y venta de determinados minerales, de modo que sin que mediara discriminación alguna, la empresa terminó afectada por la medida, dado que precisamente caía dentro del ámbito de aplicación de la norma, en orden a sus actividades extractivas y comercializadoras. La medida adoptada por el Estado de Burundi obedecía a razones de interés nacional.

El tribunal arbitral, no obstante las referencias al interés económico de Burundi, sancionó al país y, estando a la opinión crítica de algún sector de la doctrina, procedió a ordenar una indemnización por medidas expropiatorias indirectas, violatorias del TBI, pero sin tomar en cuenta las consideraciones en materia de desarrollo económico que le correspondía tomar como base para su decisión. En la actualidad, han surgido nuevas disputas en aplicación del mismo TBI,⁸⁰ de

⁷⁸ Ibid.; p. 365 – 366.

⁷⁹ Ver: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Goetz-Award.pdf>

⁸⁰ Cf. ODUMOSU; Ibid.

modo que prosiguen las controversias entre las partes.

De acuerdo con otras fuentes doctrinarias, la calificación de una inversión como inversión extranjera como concepto vinculado al desarrollo económico, se va a dar en la medida que la inversión extranjera reúna ciertas condiciones como su duración en el tiempo, más allá del corto plazo. A lo que se suma, por ejemplo, la existencia de normas que regulen el tratamiento de las utilidades y de los regímenes de reinversión y retorno de la inversión, incluyendo el hecho que haya en cierta medida un “riesgo compartido” entre todos los involucrados en la inversión. Además debe de existir un compromiso expreso por parte del inversionista de cumplir con el objetivo a alcanzar mediante la inversión y se debe verificar la relevancia de la inversión para el desarrollo económico del país receptor.⁸¹

Estos fueron los criterios adoptados por el tribunal arbitral, antes de decidir sobre el fondo de la controversia, en una decisión sobre jurisdicción, en un arbitraje CIADI llevado a cabo entre Salini Costruttori S.P.A. con Marruecos⁸² donde dos compañías italianas exigían a Marruecos se les pague una compensación por daños.

La pretensión surgió en orden a que la construcción de una carretera llevada a cabo por las compañías italianas entre Rabat y Fés, se encontraba bajo el ámbito de aplicación del TBI pactado entre Italia y Marruecos. En este caso, el tribunal declaró que tenía jurisdicción, en orden a que estaban presentes los criterios antes mencionados y, en

particular, porque se interpretó que la carretera efectivamente contribuía al desarrollo económico de Marruecos.

De otro lado, existe jurisprudencia arbitral más reciente en la que se hace referencia a la vinculación entre inversión y desarrollo, donde se precisa que la inversión tutelada por el DII debe entenderse en función del “desarrollo y bienestar” que dicha inversión debe ser capaz de producir para las economías. De modo que si la inversión no genera dichos efectos, incluso puede deducirse que no estaría protegida por el DII. Es lo que ha ocurrido en el caso *Malaysian Historical Salvors con Malasia*.⁸³

Como se puede constatar, en todos estos casos, en mayor o menor medida, se procede a tomar en consideración el factor del desarrollo económico como un elemento que se vincula con la inversión extranjera y a efectos de determinar su relevancia para el país receptor de la inversión y la conveniencia de brindarle la protección que le franquea el DII a partir del respectivo AII.

De otro lado, también cabe destacar que si bien el factor en mención se encuentra presente en diversos casos y como un elemento de valoración de la inversión en lo referente a su esperado impacto positivo, lo cierto es que en la gran mayoría de AIIs contemporáneos no se hace referencia a la importancia del desarrollo.⁸⁴ Esta es una constatación que no solamente es puesta en evidencia por la doctrina sino también por diversas instituciones especializadas como la UNCTAD.⁸⁵

⁸¹ Cf. GARCIA BOLIVAR, Omar (2007); *Investor-State disputes in Latin America: A Judgement on the Interaction Between Arbitration, Property Rights Protection, and Economic Development.*; En: *Law and Business Review of the Americas*; 13 – WTR L.& Bus.Rev. Am. 67; p. 85.

⁸² Ver: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Salini-English.pdf>

⁸³ Ver laudo del 7 de mayo de 2007 sobre jurisdicción en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/MHS-jurisdiction.pdf>

⁸⁴ Cf. ODUMOSU; *Ibid.*

⁸⁵ Ver: UNCTAD (2007); *Report of the Expert Meeting on Development Implications of International Investment Rulemaking*, TC/B/COM.2/EM.21/3; 31 July 2007; p. 5.

En nuestro concepto, la dinámica de la última globalización genera las condiciones para la redefinición de lo que se debe de entender por desarrollo económico; pasando, como se ha adelantado, de una perspectiva eurocéntrica a una perspectiva pluralista. Esta será necesariamente armónica con las grandes necesidades de la abrumadora mayoría de la población global.

Existen diversos indicios que apuntan en esa dirección; en particular, las iniciativas que se presentan a partir de una gama de Organizaciones Internacionales, como por ejemplo, las Metas del Milenio que auspicia la Organización de Naciones Unidas,⁸⁶ entre muchos otros factores, como los recientes cambios o addendas introducidos en materia de derechos sociales y medio ambiente, en los textos de los TLCs de última generación, negociados y ratificados por Estados Unidos

de Norteamérica⁸⁷

Pero al mismo tiempo también resulta necesario destacar acá que los Estados deben retomar el liderazgo en materia económica, pero atendiendo a las nuevas realidades que ofrece un mundo globalizado, donde el Estado se encuentra ante la tremenda obligación y responsabilidad de responder con adecuadas políticas públicas, ante la soberanía de la economía, como innegable factor determinante de la última globalización.

Como hemos visto, el arbitraje entre Estados e inversionistas extranjeros no es ajeno a este contexto. Como tampoco lo es la necesidad de incorporar como un factor de evaluación de suma importancia en este tipo de arbitraje, el nuevo concepto de desarrollo económico que se está gestando durante la última globalización. 

⁸⁶ Ver: <http://www.un.org/millenniumgoals>

⁸⁷ Ver: KUNDMÜLLER, Franz (2007); USA: Acuerdan Nuevas Políticas para los TLC; En: Blog Globalaw; <http://blog.pucp.edu.pe/item/9730>; se cita a continuación: Los líderes demócratas del Congreso anunciaron el jueves que han acordado nuevos lineamientos de política comercial con la administración Bush, que le darán prioridad a los derechos en materia laboral y medioambiental, en los futuros acuerdos de libre come