
¿Qué es el Derecho Internacional Económico? ¿Nueva disciplina o intento de comprender jurídicamente la globalización?

Manuel Monteagudo Valdez*

Doctor en Derecho, Universidad de París I, Panthéon-Sorbone, LLM
Universidad de Houston, Texas.

Introducción

La formación y reconocimiento de principios en el derecho internacional están sometidos al largo paso del tiempo. Práctica generalizada y repetición en el tiempo, así como la conciencia de los Estados de estar ante una obligación jurídica (*opinion juris*),¹ son elementos claves para identificar la costumbre internacional como fuente de derecho. Esta sabia *lentitud* solo se explica porque la existencia de principios o de costumbre internacional suponen la preeminencia de un orden superior a los Estados y consecuentemente la limitación de su soberanía.²

A partir de la segunda mitad del siglo XX, sin embargo han emergido nuevas formas generadoras de derecho, que si bien no pueden aspirar a considerarse fuentes directas de principios o costumbre internacional, sí han ejercido una gran influencia en los cambios del derecho interno y la armonización de políticas nacionales en materia económica. Este es el resultado de la era iniciada por los acuerdos de Bretton Woods (1944), bajo sus tres pilares fundamentales: el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y el Banco Mundial (o Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento). Los acuerdos constituyeron el proyecto de pacificación económica internacional, basado en la rehabilitación del liberalismo económico y el sistema multilateral.

A lo largo de cincuenta años las organizaciones internacionales se han multiplicado y han fortalecido

su poder de acción sobre los Estados Soberanos. Hoy en día resulta innegable que el *gobierno global* constituye un reto para la teoría y práctica del derecho internacional, pues en muchos casos las negociaciones interestatales clásicas se han visto reemplazadas por la acción de las organizaciones internacionales destinadas a uniformar reglas en materia financiera (Acuerdos de Basilea), políticas comerciales (Organización Mundial del Comercio, OMC) o de tratamiento de la Inversión extranjera (Banco Mundial). Y el instrumento clave para estos procesos no ha sido precisamente el *tratado internacional* sino mas bien una panoplia de recomendaciones, visitas técnicas, códigos de conducta, estándares internacionales y leyes modelo, que vienen a conformar lo que la doctrina denomina *soft law*. A diferencia de la norma jurídica que supone una obligación y cuyo incumplimiento compromete la responsabilidad internacional, el derecho *soft* es flexible y mas bien persuasivo. El que viniendo de organizaciones internacionales universales con amplios atributos operativos, hace que su adecuación – en muchos casos – resulte muy efectiva.

De otro lado, la acción combinada de organizaciones internacionales o supranacionales con las autoridades gubernamentales ha generado una evolución aun mayor a través de los procesos de integración económica. La Unión Europea y los Tratados de Libre Comercio constituyen los mejores exponentes de este proceso. Simultáneamente se han fortalecido instancias o jurisdicciones internacionales, en las que entidades excluidas por el Derecho Internacional empiezan a jugar un rol protagónico en la formación de

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Internacional Económico en la Facultad de Derecho y Maestría de la PUCP.

1 Los Estados deben tener en consecuencia el *sentimiento* de actuar en conformidad a aquello que equivale a una obligación jurídica. Ver la Opinión de la Corte Internacional de Justicia en el caso sobre el *Zócalo Continental del mar del Norte* (Dinamarca y Países Bajos v. República Federal Alemana (20 de febrero de 1969).

2 Según el propio Kelsen, cuando el derecho internacional se constituye como un orden jurídico superior a todos los órdenes jurídicos nacionales, el Estado que es la personificación del orden jurídico nacional ya no es mas soberano. Así, su superioridad no es sino relativa. Sin embargo, la comunidad jurídica supranacional no está suficientemente desarrollada para ser reconocida como Estado. Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, p. 191. Buenos Aires: Euduba, 13 edición.



¿Qué es el Derecho Internacional Económico?...

jurisprudencia internacional. Es el caso de la empresa transnacional a través de los conflictos que se ventilan ante los tribunales arbitrales del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI), o de las Organizaciones No Gubernamentales (ONGs) que participan activamente, como *amicus curie* en diversas controversias comerciales.

No cabe duda que todo este proceso es susceptible de modificar las formas clásicas del poder, cuando la acción del poder y la producción de normas jurídicas o mandatos jurisdiccionales combina entidades internas e internacionales, llegando en algunos casos a atribuir competencias soberanas a instancias exclusivamente supranacionales como el Banco Central Europeo.

El Derecho Económico Internacional (DIE), sin pretenderse una disciplina independiente busca estudiar esta nueva *fenomenología* de las relaciones económicas internacionales e identificar sus efectos en la formación del Derecho Internacional. En el presente artículo deseamos ofrecer una reflexión general sobre los aspectos metodológicos del DIE y la teoría de las organizaciones económicas internacionales, para concluir con algunas consideraciones en torno a la soberanía del Estado.

I. Ámbito General del DIE

El derecho y en general el orden jurídico ha tenido siempre un contenido económico. No es pues una novedad referirse al derecho económico. Por ejemplo, prácticamente todo el derecho Civil tiene un contenido patrimonial y por tanto económico. Lo mismo puede afirmarse del derecho administrativo y el derecho tributario.

Desde un punto de vista epistemológico, durante el siglo XX se ha desarrollado una abundante producción doctrinaria sobre la posibilidad de incorporar a otras ciencias como la economía dentro de la interpretación jurídica. Así tenemos de un lado, el intento de constituir

una ciencia jurídica absolutamente independiente y de otro, la búsqueda de su mejor justificación en la racionalidad económica. Los paradigmas de ambas posiciones son *la Teoría Pura del Derecho* y la interpretación económica del Derecho (o las teorías en torno al *Law & economics*).

En el primer caso, Kelsen postuló a las ciencias jurídicas como desprovistas de toda ideología, de modo que comprender alguna *cosa* jurídicamente es entenderla en tanto norma jurídica o reconocimiento por la misma. Para Kelsen, el positivismo jurídico se aproxima a una filosofía del lenguaje³ en el que las interpretaciones económicas no pueden ser parte de la estructura formal del orden jurídico. Éstas que en realidad no carecen de importancia en la lógica kelseniana,⁴ se desarrollan en la esfera de la crítica a *las políticas jurídicas*, pero no al

interior del derecho.⁵ Las teorías vinculadas al *Law & Economics* van en una dirección diferente pues aspiran interpretar las normas jurídicas desde categorías exclusivamente económicas. Para Friedman la racionalidad económica que guía a las decisiones de los individuos, constituye el instrumento esencial para comprender los efectos y consecuencias de las normas jurídicas y las decisiones judiciales.⁶ El análisis económico del Derecho permitirá explicar por qué una norma existe o decidir en

última instancia que ella deje de existir. A diferencia de la *Teoría Pura*, la norma jurídica y su aplicación estarán sino subordinadas a la racionalidad económica, por lo menos sometidas al *test* de la eficacia económica.⁷

El DIE no toma partido por la interpretación económica del Derecho, sino que más bien inicia su análisis frente a la realidad objetiva de los diversos instrumentos jurídicos internacionales (tratados multilaterales, convenios, organizaciones internacionales) y reglas internas, buscando su propia especificidad dentro de las categorías del Derecho Internacional general. No hay en esta disciplina una negación del hecho económico o de la teoría económica como inspiradoras de la norma internacional. Y es que el fenómeno económico es parte del conjunto de hechos

“(...) todo este proceso es susceptible de modificar las formas clásicas del poder, cuando la acción del poder y la producción de normas jurídicas o mandatos jurisdiccionales combina entidades internas e internacionales.”

3 C. Atias. *Epistémologie du droit*, Paris: PUF, 1994, p.4.

4 Por ejemplo, al referirse al origen del Estado (en su acepción mas amplia de poder central) Kelsen señala que éste se encuentra ligado al surgimiento de la economía monetaria en su Estado primitivo. Kelsen supra nota, p. 192.

5 Kelsen supra note p. 170

6 D. Friedman. *Law's order; what economics has to do with law and why it matters*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2000. pp. 8-11.

7 Eficacia en el sentido de Pareto o el óptimo Pareto: una solución es eficaz según Pareto si no existe otra solución que sea mejor o tan buena para todas las partes y preferida por una de ellas. P. Garello, *Les économistes et le contrat*, en *Mélanges à Christian Mouly*, Paris: Litec, 1998, pp. 46-47.

que vienen de la realidad y que en muchos casos preceden a la norma jurídica. De ahí la importancia de conocerlos, como el abogado defensor o el juez debe conocer un hecho inscrito en el terreno de la medicina o la metal-mecánica a fin de identificar sus consecuencias jurídicas, o más bien jurídico - económicas. Célebres internacionalistas económicos admiten esta inevitable realidad, como el profesor Dominique Carreau cuando afirma que el comercio internacional es un *hecho puro* que ha dado nacimiento a toda una rama del derecho internacional, el derecho del comercio internacional (derecho de la OMC).⁸

Pero ¿cuál es la especificidad del DIE? Un primer elemento por el que precisamente abogan Carreau, Juillard y Flory es que, recurriendo a la terminología de las ciencias económicas, éste es un derecho más macroeconómico que microeconómico.⁹ Así por ejemplo, en el ámbito del comercio internacional el DIE aborda el derecho OMC pero no se ocupa de analizar con exclusividad las reglas de la compra venta internacional. En un esfuerzo de clasificación estos autores consideran como grandes tópicos del DIE, la circulación internacional de bienes, servicios y pagos y el régimen de la inversión internacional. Es un derecho que sin duda puede atribuirse como partida de nacimiento el proyecto liberalizador de los acuerdos de Bretton Woods y las derivaciones que se han suscitado a lo largo de su historia. Y para no liberarse del contexto político que acompañó su nacimiento, hay que precisar que se trató de un sistema de inspiración angloamericana como resultado de los acuerdos entre Estados Unidos e Inglaterra de antes del final de la segunda guerra mundial (Carta del Atlántico, Acuerdo de Ayuda Mutua y el Acuerdo Financiero).¹⁰

Lo interesante es que no se trata de una rama independiente en el sentido más amplio de la palabra, pues al momento de analizar un tópico propio del DIE será necesario recurrir al Derecho internacional público y privado, a la legislación interna, igualmente pública y privada y a las diferentes manifestaciones del *soft law*. Un ejemplo puede ilustrar esta afirmación. Si queremos estudiar el problema de la deuda externa desde el enfoque del DIE, tendremos que estudiar los contratos que le dieron origen y para ello recurriremos al derecho de contratos de la legislación y jurisprudencia de Nueva York o Inglaterra. Ocurre que la mayoría de transacciones

financieras internacionales eligen como ley y foro aplicable estas jurisdicciones, debido a su importancia como plazas financieras y porque en el caso de Nueva York existe legislación expresa que admite la competencia de sus cortes para conocer los conflictos derivados de transacciones internacionales. Habrá entonces que revisar ciertas reglas propias del Derecho Internacional Privado sobre ley aplicable. Sin embargo, como sabemos, la moratoria de la deuda externa de los años ochenta tiene su origen jurídico en actos de Estado, es decir normas de Derecho Público de los países deudores que prohibían remesas al exterior; será por tanto necesario revisar el derecho interno y su eventual reconocimiento internacional o en jurisdicciones extranjeras. Ello nos reenvía a analizar la *Teoría del acto del Estado* de la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica, que justifica la abstención de los jueces americanos, cuando al verificar el incumplimiento de una obligación privada debieran juzgarse decisiones de los Estados soberanos extranjeros. Así, en el caso *Allied Bank International v. Banco Crédito Agrícola de Cartago*¹¹ las cortes americanas precisaron que la Teoría del Acto del Estado no se aplicaba a las demandas de recuperación de deudas debido a que el *situs* (lugar de cumplimiento) de la obligación estaba ubicado en los Estados Unidos de América, abriendo las puertas a diversas acciones judiciales contra los Estados deudores. Pero el problema de la deuda es aún más complejo, pues su evolución significó importantes cambios en la legislación bancaria norteamericana sobre todo en lo relativo a la constitución de reservas y provisiones de su industria bancaria, que alcanzó a tener una exposición equivalente al 230% de su capital en préstamos a América Latina.¹² Así el investigador, jurista o asesor legal tendrá que sumergirse en el derecho americano, que lo llevará nuevamente por el derecho público interno para conocer cómo es que el Gobierno de Estados Unidos puede garantizar a sus bancos comerciales la deuda latinoamericana, a través de los *bonos Brady*. Una exhibición de intervencionismo estatal en los negocios y riesgos comerciales que puede sorprender a primera vista. Finalmente, el profesional no se escapará del Derecho Internacional Público y más concretamente las decisiones y regulaciones al interior del sistema del FMI, que a lo largo de la crisis de la deuda aprueba una serie de facilidades financieras especiales orientadas a apoyar los programas de refinanciación de la deuda. Esta constante interrelación

⁸ D. Carreau, *Le système monétaire international privé (UEM et euromarchés)*, R.C.A.D.I., 1998 – IV, Volume 274, pp. 388-389

⁹ D. Carreau, P. Juillard y T. Flory. *Droit International Economique*, Paris: LGDJ, 1990. 3ème édition, pp. 45-46.

¹⁰ Ibid. pp. 81-82.

¹¹ 757 F.2d 516 (2d Cir. 1985)

¹² Ver Manuel Monteagudo. *The debt problem - the Baker plan and the Brady Initiative: A Latin American Perspective*, 28 International Lawyer. Spring 1994, pp. 59-81.



¿Qué es el Derecho Internacional Económico?...

de instrumentos jurídicos internacionales y nacionales explica cómo en la mayoría de contratos de refinanciación de la deuda externa con la Banca comercial, los países se comprometen a mantener vigentes los programas y facilidades financieras del FMI.

Se trata pues de una disciplina que al analizar los aspectos jurídicos de las relaciones económicas internacionales no se libra de estudiar el conjunto de realidades jurídicas que las afectan o que se ven afectadas.

Ahora bien, el DIE también ha contado con fervientes y prestigiados opositores que no le reconocen existencia propia y que más bien lo perciben como otra expresión más de un cierto *economicismo* que pretendería impregnarse en las ciencias jurídicas y políticas. En el *Coloquio de Orléans*, organizado para discutir la existencia misma del DIE, Weil llegará a decir que del matrimonio entre el derecho y la economía nacerá un derecho diferente del antiguo: un derecho instrumentalista, al servicio de la economía y supuestamente más realista por responder al llamado de la eficacia antes que a la coherencia intelectual o a la seguridad jurídica.¹³ Palabras muy fuertes que preceden a una dura crítica que años más tarde se dirigirá hacia las teorías del *Law & Economics* y que en el fondo corresponden a una desconfianza hacia el enfoque pluridisciplinario. Un enfoque que podrá terminar en el control de una ciencia por otra. Al punto que sin estar formados científicamente, los abogados y juristas terminemos en buenos o malos economistas.

El DIE no se pretende una disciplina independiente, como podría aspirar el derecho tributario, el derecho civil o el derecho penal. Constituye más bien un esfuerzo desde el Derecho internacional por entender un fenómeno reciente que combina la acción de los Estados modernos en la construcción de ordenes jurídicos multilaterales, regionales y bilaterales y al mismo tiempo la emergencia de nuevos actores que concurren en un mundo que pretende reconciliarse con el libre comercio.

II. Las Organizaciones Internacionales y el *Soft Law*

El fin de la guerra fría y del *bipolarismo* ha relanzado una vez más las grandes cuestiones planteadas desde el final de la guerra de los treinta años (1648), las guerras napoleónicas y las guerras mundiales del siglo XX: ¿Cómo construir y hacer respetar un

mínimo de reglas que garanticen la seguridad de las relaciones internacionales, entre qué socios y alrededor de qué principios? Marie-Claude Smouts nos recuerda esta interrogante, como punto de partida para reflexionar sobre la construcción de un derecho internacional que habrá de admitir a las organizaciones internacionales.¹⁴ Sin embargo, esta interrogante presupone haberle acordado definitivamente legitimidad y permanencia al derecho internacional, en tanto orden superior a los Estados mismos. Una respuesta aparece a partir de 1919 con la creación de la Sociedad de las Naciones y así la idea de la supranacionalidad marcará en el siglo XX una nueva etapa.

El proyecto para el Derecho es reconciliar al Estado soberano, hijo de la revolución francesa, titular de la legitimidad política con un orden todavía superior a él mismo y con la capacidad -por lo menos teórica- de imponerle correcciones. Recordemos que la revolución francesa, sin proponérselo tiene una consecuencia clave en el derecho internacional desde el momento en que como los hombres, los Estados soberanos son iguales entre sí. Tan iguales que sean capaces de crear un orden superior a todos ellos. De crear incluso instituciones y mecanismos ¿superiores a la soberanía?

Según la teoría de las Organizaciones internacionales, estas entidades son sujetos de derecho internacional, sin embargo su capacidad de acción no es comparable a la de los Estados. A diferencia de los Estados que disponen de competencias originarias y características de manera idéntica para todos los sujetos de derecho investidos de esta calidad, las Organizaciones internacionales sólo poseen *competencias ad hoc*. Definidas por su acto constitutivo, las competencias entre organizaciones internacionales varían de una organización a otra. Sin embargo, el derecho internacional nos previene que además de las competencias formales o expresas de las organizaciones internacionales, éstas también cuentan con competencias *implícitas* para cumplir sus objetivos. Esta teoría se justifica por consideraciones de orden *funcional*. Es decir que para que la Organización cumpla sus objetivos (efecto útil), el derecho internacional debe reconocer ciertas facultades y competencias, que si bien no están en el texto constitutivo de la Organización resultan necesariamente obvias. La Corte Internacional de Justicia ha confirmado este principio en diferentes fallos, entre los que destaca capacidad legal implícita de las organizaciones internacionales para reclamar la protección de sus representantes.¹⁵

13 P. Weil, *Le droit international économique mythe ou réalité?* en Colloque d'Orléans, aspects du droit international économique. Paris A. Pedone, 1972, pp. 109-110.

14 M.-C. Smouts, *Les organisations internationales*, Paris: A. Colin, p.11.

15 NGUYEN Q. D., DAILLIER P. et PELLET A., *Droit International Public*, Paris: L.G.D.J., 1999, 6ème édition, p. 597

Para un sector importante de la doctrina del DIE el sistema de Bretton Woods, constituye el triunfo del *funcionalismo* de las Organizaciones económicas internacionales llevado a aspectos mucho más que procesales. El profesor Stephen Zamora señala que al final de la segunda guerra mundial el sistema de Naciones Unidas se propone crear un *sistema de cooperación económica internacional* a través de organizaciones que ejercen funciones operativas y «normativas» al mismo tiempo. Como entidades operativas, las organizaciones internacionales otorgan préstamos, proveen asistencia técnica, organizan negociaciones internacionales y diseminan información. Y como instituciones creadoras o más bien «inspiradoras de normas,» establecen regímenes que en la práctica regulan la conducta económica de sus países miembros.¹⁶ Mientras muchas organizaciones internacionales ejemplifican ambos roles, es frecuente que uno predomine sobre otro. Así en el GATT ha predominado la fusión normativa, a pesar de que efectúa actividades operativas ya que de hecho la actual OMC constituye el foro exclusivo de las negociaciones comerciales multilaterales. El Banco Mundial es un ejemplo de agencia operativa a través de sus operaciones de financiamiento y programas de asistencia técnica, pero también juega un rol determinante en la formulación de normas, en materias tan complejas como la inversión extranjera. En el año 1992 esta organización aprobó los *Guidelines on treatment of foreign investment* que servirán como modelo de legislación interna sobre el tratamiento de la inversión. El CIADI, como parte integrante del grupo del Banco Mundial, a través de los fallos de sus distintos tribunales arbitrales produce una jurisprudencia internacional que aspira a identificar principios o estándares internacionales sobre la inversión extranjera.¹⁷ Y esta dinámica ocurre a pesar de que la discusión entre países industrializados y países en vías de desarrollo sobre la existencia o no de principios o costumbre internacional

en materia de inversión no parecía concluida en los años setentas.¹⁸

Zamora explica además que las agencias especializadas del sistema de Naciones Unidas se distinguen por cuatro características: 1) Se han establecido por convenios o tratados antes que por una Resolución de Naciones Unidas, con lo cual no son parte del Sistema en un sentido administrativo-dependiente; 2) tienen responsabilidades globales; 3) gozan de independencia presupuestal; y 4) mantienen una relación con Naciones Unidas en virtud del acuerdo alcanzado con ECOSOC y aprobado por la asamblea general.¹⁹ La combinación de instrumentos operativos y acciones normativas, a través de recomendaciones e informes pueden generar normas de conducta, o eventualmente reglas de derecho económico internacional e inducir a sendos procesos de armonización legislativa. Esta metodología propia del funcionalismo refuerza una nueva cooperación internacional sustentada en consideraciones técnicas y que en muchos casos reemplaza las negociaciones puramente interestatales. Para los defensores del funcionalismo es mucho más fácil abordar los problemas económicos a través de la aplicación gradual de normas, a través de agencias técnicas especializadas.

“La combinación de instrumentos operativos y acciones normativas, (...) pueden generar normas de conducta, o eventualmente reglas de derecho económico internacional e inducir a sendos procesos de armonización legislativa.”

El término *soft law* pretende explicar 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 económicas internacionales. Y que a pesar de no ser instrumentos vinculantes, poseen una influencia en la conducta de los Estados, que en muchos casos resulta mas efectiva (reformas de instituciones económicas) que los compromisos económicos provenientes de tratados internacionales.

16 Ver la extraordinaria publicación del profesor S. Zamora, *Economic relations and development* en SCHACHTER O. et JOYNER C. C., *United Nations legal order*, New York: Cambridge University Press 1995, p. 503. En especial pp. 504-506.

17 Los Tribunales arbitrales del CIADI en diversos fallos han aplicado el estándar de trato *justo y equitativo*. Por ejemplo, esto ocurrió en el caso METALCLAD v. Estados Unidos de América, en aplicación del artículo 1105 (1) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Caso No. ARB(AF)/97/1).

18 Solo en los años setenta los países en vías de desarrollo aprobaron la Carta de Derechos Económicos y Sociales en la que los Estados proclaman su total y exclusiva jurisdicción en materia de inversión. Esta solo podía ser materia de derecho interno o de instrumentos convencionales. En 1974 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la *Declaración de un nuevo orden económico internacional* y la *Carta de derechos y deberes económicos de los Estados*. Esta última señalaba que cada Estado tiene el derecho a regular la inversión extranjera dentro de los límites de su jurisdicción nacional y de ejercer sobre ésta su autoridad de conformidad con las leyes y reglamentos y a sus prioridades y objetivos nacionales.

19 Zamora supra note, p. 510.



¿Qué es el Derecho Internacional Económico?...

Ahora bien, debe tenerse en claro que las reglas económicas internacionales no han surgido de la exclusiva acción funcionalista de las organizaciones internacionales y sin la activa participación de los Estados soberanos. Además, como señalamos al principio, las organizaciones internacionales se han multiplicado y han ampliado su esfera más allá de los pilares básicos de Bretton Woods.

En cada avance hacia la profundización de la Unión Europea se encuentra una parte de *intergubernamentalismo* y otra de *funcionalismo*. Es decir, de la voluntad y acción consciente de los Estados y de racionalidad tecnocrática de las organizaciones internacionales.²⁰ No debe olvidarse que la Unión Europea es el resultado de cincuenta años de negociaciones políticas interestatales cuyos resultados materiales son el conjunto de tratados comunitarios aprobados desde la Comunidad Europea del Carbón y Acero de 1951. Pero al mismo tiempo, la construcción europea ha significado la transferencia progresiva de una parte de las responsabilidades y competencias de los Estados soberanos a entidades supranacionales, en la medida en que sus intereses habrían de estar mejor servidos. Por ejemplo, en conformidad con el Tratado de la Comunidad Europea la política comercial es una materia de competencia exclusiva de los órganos comunitarios, como lo es la política monetaria para el Banco Central Europeo.

Instituciones como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el *Bank of international Settlements* (BIS) y la *Organisation for Economic Cooperation and Development* (OECD) y del Trabajo también constituyen ejemplos de entidades propulsores de trascendentales procesos de armonización legislativa en materia económica y de empleo efectivo de *soft law*. Desde 1919 la OIT ha contribuido a la elaboración de cerca de 150 convenios internacionales en materia laboral y a través del Comité de Basilea que funciona en el BIS se han determinado reglas sobre supervisión, riesgo de crédito y capital de la actividad bancaria. Dichas reglas que jurídicamente no son sino recomendaciones (Basilea I y II), constituyen un estándar internacional reconocidos universalmente y traducidos en la mayoría de legislaciones internas. Y la OECD que agrupa principalmente a los países industrializados, desde los años sesenta ha venido adoptando códigos de conducta y

recomendaciones sobre la eliminación de obstáculos al libre movimiento de los factores de producción, incluyendo el capital.²¹

III. Consideraciones Finales: la Soberanía del Estado y el DIE

Siempre resulta muy instructivo regresar a las fuentes clásicas para ayudarnos a comprender los nuevos fenómenos internacionales. Por definición el Derecho Internacional constituye un límite a la soberanía de los Estados. El propio Grotius en el siglo XVII lo decía con mucha claridad: los poderes soberanos no debían la idea de una sociedad internacional regida por el Derecho. Y es que en general la regla de derecho, interno como internacional, es también una garantía de limitación del poder, sea este público o privado. Para satisfacer el imperativo de la libertad de los ciudadanos –propone Montesquieu- *debe absolutamente evitarse la concentración del poder*.²² En suma, para el Derecho la soberanía no puede ser un principio que descansa en un absolutismo radical.

También es importante reparar, a propósito de la *globalización*, que este fenómeno no le ha sido ajeno al derecho. La mejor prueba es precisamente la existencia misma del derecho internacional y por tanto la primacía de un orden internacional superior que puede completar y eventualmente corregir la norma interna, como lo prueban los trascendentales avances en materia de Derechos Humanos con la creación de la Corte Penal Internacional. Los últimos que tendríamos que sorprendernos con el fenómeno de la globalización somos precisamente los hombres y mujeres de derecho, acostumbrados a revisar textos jurídicos y doctrina extranjera para entender nuestras propias instituciones o tratados y convenios internacionales.

Finalmente es necesario remarcar la idea de que el Estado sigue siendo el personaje central en la construcción de un orden jurídico internacional. Las organizaciones internacionales, existen en la medida en que previamente los Estados soberanos suscriben y ratifican un tratado internacional. La acción del Estado da inicio a los proyectos multilaterales o regionales, y su poder coercitivo resulta indispensable para ejecutar los fallos o las reglas económicas internacionales.

20 M. -C. Smouts supra note


21 Ver P. Juillard, *MAI: A European View*, SYMPOSIUM the international Regulation of Foreign Direct Investment: Obstacles & Evolution, Cornell International Law Journal, Vol 31, No 3, 1998.

22 GOYARD-FABRE S., *Montesquieu: la Nature, les Lois, la Liberté*, Paris: PUF, 1993, pp. 178-179.

El punto central en la evolución de la soberanía del Estado y la demanda de legitimidad de las sociedades democráticas es determinar donde y cómo se ubican los diversos mecanismos del poder público y de fiscalización. ¿En el centro del Estado nacional?, ¿en sus subdivisiones regionales? o más bien en la esfera del derecho internacional. Raustiala sugiere que antes que un rechazo frontal a la soberanía o el ejercicio de la autoridad en las relaciones económicas internacionales, lo que viene ocurriendo es una constante negociación de cómo y dónde ubicar el poder público para satisfacer las necesidades de la humanidad.²³ Este autor incluso llega a sostener que las organizaciones internacionales están en aptitud de coadyuvar con la acción de los Estados, protegiéndolo en algunos casos de la presión de grupos de interés económico que el Estado sólo no puede contener fácilmente.²⁴

No hay duda que las Organizaciones Internacionales, como los Estados, tienen que estar constantemente sometidas a nuevas reglas de fiscalización y transparencia, para evitar que las derivaciones o desviaciones en el ejercicio del poder propio de los Estados nacionales no se repliquen en ellas. De hecho, la mayoría de Organizaciones Internacionales vienen implementando diversos programas de transparencia y diálogo con la sociedad civil que deben necesariamente profundizarse.

Finalmente diremos que el *soft law* no puede ser visto como el fracaso de la norma jurídica en beneficio de la económica. Éste constituye una forma de acción y comunicación de las organizaciones internacionales – siempre sometido a las reglas de la crítica –, en un mundo en que la comunicación e interdependencia económica avanza a una velocidad insospechada. El *soft law* de ninguna manera podrá reemplazar a la genuina obligación jurídica. Pero admitamos también con Pinto que la norma jurídica admite todas las gamas de comportamiento y expresión no prohibidas (el no derecho).²⁵ Es responsabilidad de la sociedad y muy particularmente de los juristas de evaluar permanentemente las diversas manifestaciones del *soft law*, así como los desarrollos jurisprudenciales de las nuevas instancias como el CIADI que están reabriendo cuestiones trascendentales sobre soberanía y trato nacional que aún no pueden darse por concluidas.

El DIE acompaña al Derecho Internacional general en la búsqueda y reconocimiento definitivo de un *estado de derecho internacional*. Los hechos nos muestran que aún hoy, en la era de la globalización y apertura de los mercados, los Estados no han renunciado al uso de la fuerza unilateral como medio para garantizar la seguridad. Sin embargo, las relaciones económicas internacionales a lo largo de la historia han probado ser un extraordinario medio de pacificación y acercamiento entre los pueblos 

23 K. Raustiala, *Rethinking the sovereignty debate in international economic law*, Journal of International Economic Law, 6 (4), 841, 2003, pp. 844 - 849

24 Ibid., p. 857.

25 Ver P. Weil supra note p. 28.