

**LOS LÍMITES DE LA LEGALIZACIÓN EN LA ECONOMÍA INTERNACIONAL:
UN ANÁLISIS RESPECTO A LAS TENSIONES HISTÓRICO-ESTRUCTURALES
EN LA REGULACIÓN DE LOS FLUJOS DE INVERSIÓN**

JOSÉ MARCELINO FERNÁNDEZ ALONSO*

RESUMEN:

El artículo presente realiza un recorrido histórico por las tensiones que se cernieron sobre el proceso de legalización internacional a propósito de las inversiones más allá de las fronteras nacionales. Con tal propósito, analiza los distanciamientos entre los diversos actores internacionales —Estados, fundamentalmente— respecto a las tres dimensiones inherentes a todo fenómeno de institucionalización en la arena mundial: obligación, precisión y delegación. Habida cuenta de que las tensiones referidas se vinculan —aunque nunca en forma plena— con las asimetrías político-económicas en el área particular (Estados exportadores/importadores de capital y/o Estados desarrollados/en desarrollo, en especial), el análisis de la legalización en la materia se entrecruza con consideraciones a propósito del “conflicto estructural” en el sistema internacional. El artículo parte de la premisa de que el análisis diacrónico de las tensiones mentadas coadyuva a entender porqué la regulación de las inversiones transfronterizas no alcanzó la institucionalización de un régimen internacional estable y comprehensivo, tal cual lo experimentado en otras áreas de la economía internacional. En la reflexión de tal anomalía, el artículo sostiene que a diferencia de otras transacciones económicas que transcurren a través de las fronteras nacionales, las operaciones de inversión generan consecuencias a largo plazo afectando consecuentemente a los atributos más caros de los Estados: la soberanía y a la autonomía.

PALABRAS CLAVE:

Flujos internacionales de inversión; legalización; precisión; obligación; delegación; conflicto estructural.

TITLE:

The limits of legalization in the international economy: an analysis of the historical-structural tensions in the regulation of investment flows.

ABSTRACT:

The present article proposes a historical examination through the tensions that hovered on the international legalization process about investments beyond national borders. To this end, it analyses the estrangements between international actors —states, fundamentally—, on the three dimensions inherent in all phenomena of institutionalization: obligation, precision and delegation. Given that the referred tensions are linked —but never fully— with the political and economic asymmetries between states (exporters / importers of capital or developed / developing economies), the analysis of the legalization in the area of transnational investments is intertwined with considerations of the “structural conflict” in the international system. The article begins with the premise that the diachronic analysis of the tensions contributes to understand why the regulation of cross-border investments did not reach the institutionalization of a stable and comprehensive international regime, as is reported in other areas of international economics. As regards this anomaly, the article argues that unlike other economic transactions that take place across national borders, investment operations generate long-term consequences and therefore impacts the highest attributes of states: sovereignty and autonomy.

KEYWORDS:

International investments flows; legalization; precision; obligation; delegation; structural conflict.

***José Marcelino FERNÁNDEZ ALONSO** es Doctor en Relaciones Internacionales. Becario Postdoctoral del Consejo de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICET). Docente de Economía Internacional de la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Rosario (UNR). Correo electrónico: josefernandezalonso@hotmail.com.

S
O
L
I
T
A
R
I
O
S

La “Decisión sobre el Programa de Trabajo de Doha” adoptada por el Consejo General de la Organización Mundial del Comercio (OMC) a mediados de 2004 determinó la suspensión de las negociaciones tendentes a consagrar un acuerdo global sobre inversiones en tal marco institucional. Frustrada quedó con la mencionada resolución —conocida también como “paquete de julio”¹— la iniciativa más reciente para la instauración de un régimen internacional sobre inversiones bajo una instancia de corte multilateral.

Predominantes fueron las lecturas que identificaron al mentado revés como el costo que los gobiernos de los países con economías desarrolladas debieron de asumir a fin de destrabar el proceso negociador general tras los reparos generalizados de los representantes de los países en desarrollo sobre la cuestión en particular. Sin embargo, deviene imperioso marcar que los denominados países en desarrollo estuvieron lejos de sostener una posición coordinada y uniforme en la materia². Apreciaciones semejantes pueden realizarse a propósito de la contraparte en las negociaciones. En este sentido, se indica que más allá del interés primario por institucionalizar regulaciones sobre inversiones dentro de la OMC, los países desarrollados no consiguieron consensuar una posición unívoca en relación con el acuerdo a instituir. De hecho, y al igual que lo ocurrido para el caso de los países en desarrollo, fue posible identificar múltiples posiciones entre las potencias industrializadas en el asunto en particular.

En consideración de lo precedente, se identifica que el fracaso del último ensayo por la institucionalización de un régimen multilateral sobre inversiones exige un análisis más complejo, superador de las limitaciones inherentes a los diagnósticos de coyuntura. Si bien los distanciamientos entre estados desarrollados y en desarrollo resultaron de capital importancia para la suspensión de las negociaciones, no fueron estos los causales únicos —ni últimos— del referido revés. A tales efectos, se advierte que los antagonismos propios del “conflicto estructural”³ entre estados desarrollados y en desarrollo, aunque importantes, no fueron sino una de las diversas tensiones que condicionaron históricamente el ordenamiento de los flujos internacionales de inversión en tanto proceso específico de la legalización en la política mundial⁴.

¹ Para detalles sobre el “paquete de julio” véase OMC, *Programa de Trabajo de Doha. Decisión del Consejo General (WT/L/579)*, Ginebra, OMC, consultado el 20 de junio de 2012 en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dda_s/draft_text_gc_dg_31july04_s.htm.

² Dos consideraciones deben ser tenidas en cuenta al respecto: en primer término, es dable recalcar el apoyo explícito de no pocos países en desarrollo al lanzamiento de las negociaciones. En este sentido, es de mencionar a Costa Rica, Guatemala, México y Chile, entre los países de la región latinoamericana. En segundo término, ha de observarse que más allá de la renuencia mayoritaria a avanzar en un acuerdo comprehensivo sobre inversiones en el mencionado contexto, profusos fueron los desencuentros entre los países en desarrollo para concertar compromisos proactivos que superasen la posición de veto de la mayoría.

³ El concepto de “conflicto estructural” referido en estas líneas remite a KRASNER, Stephen, *Conflicto estructural. El Tercer Mundo contra el liberalismo global*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1989.

⁴ El fenómeno de la legalización en la política mundial fue abordado en un trabajo colectivo de Judith Goldstein, Miles Kahler, Robert Keohane y Anne-Marie Slaughter. En el mismo, los mencionados autores definen la legalización internacional como una forma específica de institucionalización

En función de lo antedicho, deviene oportuno analizar el fracaso de las negociaciones para la conformación de un régimen internacional único y comprensivo no sólo a la luz de las dicotomías histórico-estructurales [estados desarrollados/en desarrollo y/o estados exportadores/importadores de capital], sino también en términos de las diferencias y/o tensiones de los diversos actores internacionales en relación con las tres dimensiones propias de todo fenómeno de legalización, a saber: obligación⁵, precisión⁶ y delegación⁷.

El presente trabajo propone consiguientemente un recorrido por la multiplicidad de disyunciones que habilitaron y constriñeron históricamente el diseño y la ejecución de las instituciones orientadas a la regulación de los flujos internacionales de inversión. El mismo parte de la premisa de que el análisis diacrónico de las tensiones mentadas coadyuva a entender porqué la regulación de las inversiones transfronterizas no alcanzó la institucionalización de un régimen internacional estable y comprensivo, tal cual lo instaurado en otras áreas de la economía internacional, sino la conformación de “complejos regimentales”, signados por órdenes precarios y siempre parciales⁸. Llegado a este punto, conviene reconocer la existencia de una diversidad de trabajos previos sobre las regulaciones históricas de las operaciones de inversión en el extranjero⁹. No obstante, y lejos

mediante la cual los gobiernos se imponen limitaciones legales en diferentes áreas-problemáticas de la realidad internacional, cf. GOLDSTEIN, Judith; KAHLER, Miles; KEOHANE, Robert y SLAUGHTER, Anne-Marie, “Introduction: Legalization and World Politics”, en GOLDSTEIN, Judith, KAHLER, Miles, KEOHANE, Robert O. Keohane y SLAUGHTER Anne-Marie, *Legalization and world politics International Organization Special Issues*, The MIT Press, Cambridge, 2001, p. 3.

⁵ La noción de obligación se refiere a aquella circunstancia en la que los estados y/u otros actores internacionales “se encuentran legalmente constreñidos por una regla o un compromiso (un conjunto de reglas o compromisos, por caso), motivo por el cual sus comportamientos resultan sujetos a un escrutinio conforme las reglas generales, los procedimientos y los discursos (doctrinarios) del derecho internacional, aunque frecuentemente de todos aquellos inherentes al derecho doméstico”, cf. ABBOTT, Kenneth; KEOHANE, Robert; MORAVCSIK, Andrew; SLAUGHTER, Anne-Marie y DUNCAN, Snidal, “The Concept of Legalization” en GOLDSTEIN, Judith, *et. al.*, *Legalization and world...*, op. cit, p. 17.

⁶ El concepto de precisión, en tanto, implica el hecho de que “tales reglas y compromisos definen las conductas requeridas, autorizadas y proscriptas sin ambigüedad alguna”, *Ibidem*.

⁷ El concepto de delegación, en tanto, da cuenta de la decisión de conferir a una tercera parte la autoridad para “implementar, interpretar y aplicar aquellas reglas, resolver disputas y realizar (posiblemente) nuevas reglas”, *Ibidem*.

⁸ La noción de “complejos de regímenes” adoptada en este artículo se sustenta en el trabajo de Kal Raustiala y David G. Victor, quienes esbozan el concepto con el propósito de dar cuenta de cuestiones y/o áreas problemáticas de las relaciones internacionales marcadas por la fragmentación y tensión de principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisión. Dicho esto, la noción de complejo de regímenes remite entonces a un “colectivo de regímenes internacionales que, parcialmente superpuestos y sin criterio de jerarquización alguno, gobiernan un área específica”, cf. RAUSTIALA, Kal y VICTOR, David G., “The Regime Complex for Plant Genetic Resources” en *International Organization*, Cambridge, MA, vol. 58, 2004, p. 180.

⁹ Lejos de presentar una lista definitiva sobre el tema, se mencionan a continuación sólo a algunos de ellos: BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James y REISMAN, Michael W. *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, La Haya, 1990; McLACHLAN, Campbell; SHORE, Laurence Shore y WEINIGER, Matthew, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Nueva York, 2007; NEWCOMBE, Andrew P. y PARADELL, Lluís, *Law and Practice of Investment. Treaties Standards of Treatment*, Kluwer Law International, La Haya, 2009; BROCHES, Aron, “Tutelle Juridique des Investissements Internationaux: l’Expérience de la Banque Mondiale” en *Realtà Economica*, nº 49, 1969; DELAUME, G. R., “Le Centre International pour le règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)” en *Journal du Droit International*, vol. 109, 1982; GAILLARD, Emmanuel, *La Jurisprudence du CIRDI*, Pedone, París, 2004; LIPSON, Charles, *Standing Guard*.

de desacreditar el valor de tales obras, se advierte que las mismas, inscritas en el ámbito del derecho internacional, presentan un corte preeminentemente descriptivo de las diversas iniciativas y/o normativas, relegando por lo general el análisis sobre las razones políticas que condicionaron la institucionalización de un régimen multilateral sobre el trato a las inversiones en la arena internacional.

En aras de facilitar la lectura, el artículo respeta un esquema diacrónico, escrutando consecuentemente los cuatro estadios que configuraron el ordenamiento de los flujos internacionales de inversión¹⁰. De este modo, comienza por considerar las tensiones experimentadas desde la consolidación del estado-nacional como actor político con monopolio del uso legítimo de la fuerza en un territorio dado hasta el estallido de la Primera Guerra Mundial. Seguidamente, se da cuenta de los conflictos suscitados en torno a las instituciones internacionales de inversión en el período de entreguerras. El artículo aborda luego las tensiones que sellaron al período comprendido entre la finalización de la Segunda Guerra Mundial y el colapso del bloque comunista a fines de la década del ochenta. Finalmente, el trabajo avanza sobre las tensiones propias de la "era global", esto es, desde inicios de la década del noventa hasta los días presentes.

1. Las tensiones por la regulación de los flujos internacionales de capitales desde los orígenes del sistema westfaliano hasta la Primera Guerra Mundial

A semejanza de todo sistema social, el sistema internacional conformado tras la Paz de Westfalia concibió dispositivos propios para el ordenamiento de la propiedad¹¹. Parte significativa de esos dispositivos versaron en torno a las operaciones de inversión en el extranjero, entendidas como manifestaciones específicas de la propiedad en el contexto internacional.

Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Centuries, University of California Press, Berkeley, 1985; SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005; VANDELDE, Kenneth, "A Brief History of International Investments Agreements" en *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*, vol. 12, nº 1, 2005; CHAMORRO CORONADO, Luis María, *Los Acuerdos Españoles de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, Alhulia, Granada, 2008; CARON, David, "Investor-State Arbitration: Strategic and Tactical Perspectives on Legitimacy" en *Suffolk Transnational Law Review*, Boston, vol. 22, nº 2, 2009; LEAL-ARCAS, Rafael, "The Multilateralization of International Investment Law" en *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 35, 2009; VIVES CHILLIDA, Julio A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

¹⁰ Bien vale indicar que la clasificación de estos cuatro estadios o períodos históricos se estructura a partir de una conjugación de los aportes de LIPSON, Charles, *Standing Guard...* op.cit.; SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, *The International Law...* op. cit.; VANDELDE, Kenneth "A Brief History...", op. cit.; LEAL-ARCAS, Rafael "The Multilateralization of..." op. cit., y SACALUSE, Jeswald, "BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries" en BISHOP, R. Doak, CRAWFORD, James y REISMAN, Michael W., *Foreign Investment Disputes...*, op. cit..

¹¹ Hedley Bull sostiene que todo orden social —el internacional, por extensión— se estructura a partir de tres valores básicos, a saber: vida, verdad y propiedad. Conforme sus palabras: "el orden en cualquier sociedad se mantiene no sólo a través del sentimiento de tener un interés común en crear un orden o evitar el desorden, sino a través de normas que especifican el tipo de comportamientos que contribuyen a mantener el orden. En este sentido, el fin de que haya seguridad contra la violencia está contemplado en normas que restringen el uso de la violencia, el fin de que los pactos sean estables está contemplado por la norma de que deben ser respetados y el fin de que la posesión sea estable, está contemplado por la norma de que los derechos de propiedad, pública o privada, sean respetados", BULL, Hedley, *La sociedad anárquica. Un estudio sobre el orden en la política mundial*, Los Libros de La Catarata, Madrid, 2005, p. 108.

En concordancia con Vandeveld, se sostiene que si bien hasta mediados del siglo XX la protección de las inversiones no fue objeto de acuerdos específicos, ello de ningún modo significó que la cuestión haya sido desconsiderada en los tiempos primarios del sistema internacional contemporáneo¹². A tales efectos, se repara que regía por entonces un conjunto de principios y prácticas consuetudinarias el cual versaba sobre el trato que los estados debían de dispensar a los extranjeros y a sus posesiones. Además de estos principios y costumbres aceptadas como derecho general, ha de remarcarse que durante los tiempos iniciales del sistema westfaliano la problemática de las inversiones resultó abordada —aunque de modo tangencial— por múltiples instrumentos convencionales. En este marco, se identifican pues a los denominados “Tratados de Amistad, Comercio y Navegación” (TACN)¹³.

En continuidad con Sornarajah, se indica que en términos generales estos tratados demarcaban el compromiso mutuo a dispensar tanto a los extranjeros como a sus posesiones (fuesen éstas últimas tangibles o intangibles) un trato conforme a “estándares internacionales”¹⁴. Asimismo, los tratados mentados “requerían el pago de una compensación ante una acción de expropiación y garantizaban a los nacionales de una parte las cláusulas de la nación más favorecida (NMF) y del trato nacional (TN) a la hora de emprender determinados negocios o actividades económicas en el territorio de la otra”¹⁵.

En correspondencia con las explicaciones de Lipson, se precisa que con el propósito de conseguir una mayor proyección político-económica en la escena internacional, las potencias mundiales —el Reino Unido, con carácter pionero— extendieron paulatinamente aquella red institucional hasta alcanzar una escala global¹⁶. Tal fenómeno, desplegado de lleno durante el avanzar del siglo XIX reportó dos circuitos diferenciados.

En primer lugar, las potencias impulsaron la liberalización y la protección del capital mediante la imposición forzosa de principios y normas sobre la propiedad en los territorios coloniales y/o extra-coloniales. La instauración de la noción de propiedad individual por sobre la idea de propiedad colectiva —predominante hasta entonces en aquellos territorios— fue una de las manifestaciones más claras de este proceso de imposición¹⁷. En coincidencia con Sornarajah, se subraya que la implementación por la fuerza directa de principios e instrumentos normativos

¹² VANDELDE, Kenneth, “A Brief History...”, *op. cit.*, p. 158.

¹³ En su análisis respecto a estos instrumentos, Lipson advirtió: “comenzando con los tratados de Westfalia (1648) y de París (1763), los estados con mayor actividad comercial aseguraron de modo efectivo los derechos económicos de sus súbditos en el exterior mediante una red de disposiciones sobre la propiedad incluidas en una diversidad de tratados”, LIPSON, Charles, *Standing Guard...*, *op. cit.*, p. 9, traducción propia.

¹⁴ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, *The International Law...*, *op. cit.*, p. 209.

¹⁵ VANDELDE, Kenneth, “A Brief History...”, *op. cit.*, ps. 158-159, traducción propia.

¹⁶ LIPSON, Charles, *Standing Guard...*, *op. cit.*.

¹⁷ HOPKINS, Anthony, “Property Rights and Empire Building: Britain’s Annexation of Lagos, 1861” en *The Journal of Economic History*, vol. 40, n° 4, Nueva York, 1980.

resultó central para la movilización del capital al interior de los sistemas imperiales¹⁸.

En lo que respecta a la extensión forzosa de estas instituciones a territorios extra-coloniales, ha de comentarse que este proceso se concretó mediante la suscripción de los denominados "tratados desiguales" firmados entre las potencias con los imperios orientales (Imperio Otomano, China, Japón, Indochina, Egipto, entre otros). Sin ánimo ni posibilidades de desplegar un análisis en detalle de los tratados desiguales¹⁹, estas líneas se limitan a indicar que implicaron acuerdos en los que las potencias occidentales se aseguraron, entre otras cosas: una reducción y/o eliminación de las barreras al comercio y a la inversión (apertura de puertos, reajuste de aranceles, por ejemplo), el derecho a residencia de sus nacionales, y la jurisdicción extraterritorial para conflictos en los que estuviese involucrado uno de sus nacionales. Por último, se manifiesta que al incluir la cláusula de Nación más Favorecida (NMF), las concesiones realizadas a una potencia en particular se extendían de forma inmediata al resto.

En segundo lugar, las potencias propugnaron la liberalización y la protección del capital mediante la negociación de instrumentos convencionales con estados con los que creían compartir una misma tradición político-jurídica. Esta dinámica fue proyectada en lo fundamental hacia los países latinoamericanos en sus primeros decenios de historia independiente. Las razones de este circuito o mecanismo diferenciado quedaron oportunamente ilustradas por Dunn en su trabajo sobre la problemática: "las nuevas naciones del hemisferio occidental plasmaron estos conceptos [los de libertad individual y propiedad privada] en sus leyes fundamentales (...) y de ahí pues que existiera, al menos en teoría, una base común sobre la cual podían establecerse relaciones"²⁰. Pese a las referencias a las tradiciones jurídico-políticas comunes y a las nociones de reciprocidad, es menester comentar que los instrumentos negociados terminaban por consagrar en los hechos las demandas y/o intereses de las potencias.

Vistos los contenidos y dinámicas de expansión de las instituciones internacionales sobre inversión durante los tiempos primeros del sistema westfaliano, resulta pertinente repasar los mecanismos mediante los cuales estos se hacían cumplir. En este marco, deviene importante apuntar que so pretexto de que el perjurio a un nacional en un territorio extranjero implicaba un agravio

¹⁸ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, *The International Law*, op. cit., p. 19. A este respecto, Van Harten agrega: "la ley imperial regulaba las operaciones económicas en todo el imperio garantizando importantes niveles de libertad y protección a los inversores; todo lo cual favorecía la explotación de las áreas coloniales", en VAN HARTEN, Gus "A Return to the Gay Nineties? The Political Economy of Investment Arbitration", Trabajo presentado para la Conferencia "Responding to Globalisation in the Americas: The Political Economy of Hemispheric Integration", Londres, Reino Unido, 1-2 de junio de 2006, último acceso el 12 de junio de 2011 en: <http://www.lse.ac.uk/collections/DESTIN/pdf/GlobalisationAmericasConference/Van%20Harten.pdf>, traducción propia.

¹⁹ Para un análisis sobre las formas y los contenidos de estos tratados, se recomienda RENOUVIN, Pierre, *Historia de las Relaciones Internacionales. Siglos XIX y XX*, Akal, Madrid, 1998, pp. 763-764.

²⁰ Dunn, Frederick *The Protection of Nationals*, The Johns Hopkins Press, Baltimore, 1932, citado por LIPSON, Charles, *Standing Guard*. op. cit, p. 17. Traducción propia.

al propio estado, los países europeos y Estados Unidos, luego, aplicaron la figura de la protección diplomática²¹. Definida convencionalmente como la “acción de un gobierno ante otro gobierno extranjero para reclamar respecto de sus nacionales, o excepcionalmente, de otras personas, el respeto al Derecho Internacional o para obtener ciertas ventajas a su favor”²², la figura de la protección diplomática había tenido precedentes en tiempos medievales²³.

Llegados a este punto, deben realizarse tres consideraciones generales respecto a la instrumentación histórica —y presente— de la protección diplomática. En primer término, se exigía que el súbdito y/o ciudadano a “proteger” gozase efectivamente de la nacionalidad del estado que oficiaba el reclamo. En segundo término, la responsabilidad del estado por una injuria hacia un extranjero no debía de invocarse si no se habían agotado previamente los mecanismos locales instituidos para la resolución de las disputas sobre el particular. Finalmente, el derecho a ejercer protección diplomática quedaba siempre bajo la discrecionalidad de los estados²⁴.

Conforme explica Griñó, la traducción práctica de la protección diplomática ha variado de modo incesante en el tiempo²⁵. En sintonía con Burgos-De la Ossa y Lozada-Pimiento se advierte que “en virtud de la primigenia figura de la protección diplomática, el estado del cual provenía el inversionista cuyos derechos se veían entorpecidos en el extranjero, asumía como propia la reclamación del inversionista e invocaba la responsabilidad internacional del estado receptor por las vías diplomáticas y judiciales (internas e internacionales) y, en algunos casos, recurría incluso a las vías de hecho”²⁶.

Las vías de hecho mencionadas eufemísticamente en la cita anterior no implicaban sino el uso o la amenaza de uso de la fuerza, prácticas encuadradas por la historiografía tradicional bajo la categoría de la diplomacia de las cañoneras. Tales prácticas de intervención tuvieron en la región latinoamericana numerosos

²¹ BIGGS, Gonzalo, 2003, “Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales”, en *Revista de la CEPAL*, Número 80, Santiago de Chile, 2003, p. 104.

²² *Dictionnaire de la terminologie du Droit International*, 1960, citado en DIEZ DE VELAZCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1997 [Undécima Edición], p. 722.

²³ BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James y REISMAN, Michael W., *Foreign Investment Disputes... op. cit.*.

²⁴ NEWCOMBE, Andrew P. y PARADELL, Lluís, *Law and Practice...*, *op. cit.*, p.6.

²⁵ GRIÑÓ, Miquel, “Arbitraje internacional de inversiones. Concepto y evolución. Una breve introducción al tema”, trabajo presentado en la *Jornada sobre Arbitraje Internacional*, Facultad de Derecho de ESADE, Barcelona, 27 de abril de 2007, p. 10, disponible en: http://www2.esade.edu/pfw_files/cma/Cursos_Seminarios/Ponencia%20Miquel%20Grinyo_arbitraje.pdf, última consulta el 21 de marzo de 2012.

²⁶ BURGOS-DE LA OSSA, María y LOZADA-PIMIENTO, Nicolás “La protección diplomática en el marco de las controversias internacionales de inversión” en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº 15, julio-diciembre de 2009, p. 247, disponible en: http://www.javeriana.edu.co/pv_obj_cache/pv_obj_id_79A0FA56040D8BAD02A576F95F17256DE1600900/filename/09-Laprotecciondiplomatica.pdf, última consulta el 17 de junio de 2012.

episodios²⁷, los cuales redundaron en el desarrollo de doctrinas claves para el Derecho Internacional en la materia: la doctrina Calvo, basada en la idea de la jurisdicción exclusiva de los estados para juzgar las acciones de los extranjeros dentro del propio territorio²⁸, y la doctrina Drago, estructurada alrededor de la condena al uso de la fuerza para el cobro compulsivo de deudas soberanas²⁹.

En consideración de los recursos teórico-conceptuales explicitados en la introducción, se advierte que el surgimiento de las mencionadas doctrinas marcó el interés de determinados actores —los estados receptores de capital, en especial— por controvertir los términos inherentes a la obligación, a la precisión y a la delegación de aquellos principios y prácticas ordenadores de las operaciones de inversión dentro del contexto internacional. En este sentido, puede apuntarse que la defensa de la doctrina Calvo al principio de trato nacional cual figura, en principio, contrapuesta a la del trato conforme estándares internacionales, operaba como un claro cuestionamiento a la obligatoriedad de esta última. La falta de precisión de los estándares internacionales motorizaba también la impugnación de Calvo a las instituciones de las potencias exportadoras de capital. De la misma manera, puede sostenerse que las formulaciones de Drago se proponían dar mayor precisión a la doctrina Monroe con respecto a la interdicción de intervenciones de potencias

²⁷ Entre las intervenciones europeas y norteamericanas en la región latinoamericana ha de destacarse la primera intervención armada de Francia en México durante 1838-1839, conocida como la Guerra de los Pasteles, las intervenciones armadas de Francia e Inglaterra en el Río de la Plata en el período 1838-1850, la segunda intervención armada de Francia en México en 1862-1867, la incursión armada impulsada por Gran Bretaña, Alemania e Italia en Venezuela en 1902, y la mirada de acciones norteamericanas en el escenario de América Central y el Caribe auspiciadas por el denominado Corolario Roosevelt y su política del garrote.

²⁸ La denominación de la doctrina remite al jurista y diplomático argentino Carlos Calvo, quien le diera acabada formulación en su obra *Derecho internacional teórico y práctico* publicada en 1868. La doctrina se estructuró a partir de la articulación de dos principios básicos: por una parte, el principio del trato nacional (lo cual implicaba que los inversores extranjeros debían de tener un tratamiento igual al concedido a los inversores nacionales); por otra parte, el principio de la no intervención entre entidades soberanas. Conforme a los razonamientos derivados de la conjugación de tales premisas, los inversores extranjeros debían interponer sus reclamos ante los tribunales nacionales y renunciar consecuentemente a la solicitud de la protección diplomática. Para un análisis minucioso de la doctrina Calvo puede consultarse TAMBURINI, Francesco, "Historia y destino de la "Doctrina Calvo": ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?" en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, nº 24, Valparaíso, 2002, disponible en línea en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0716-54552002002400005&script=sci_arttext, última consulta el 17 de junio de 2012.

²⁹ Basada en la nota que Luis María Drago, Ministro de Relaciones Exteriores de la República Argentina, enviara al embajador del país ante Washington el 29 de diciembre de 1902, la doctrina se erigió como una reacción inmediata a la incursión armada de Gran Bretaña, Alemania e Italia en Venezuela en pos del cobro de la deuda pública que ésta última mantenía con determinados bancos europeos. La nota —cuyo contenido el representante argentino debía exponer ante el gobierno norteamericano— declaraba que "la deuda pública (de un estado americano) no puede dar lugar a la intervención armada, ni menos a la ocupación material del suelo de las naciones americanas por una potencia europea" (Nota del Ministro Drago a García Mérou, citada en ESCUDÉ, Carlos y CISNEROS, Andrés (dirs.) *Historia general de las Relaciones Exteriores de la República Argentina*, Grupo Editores Latinoamericanos - Cari, Buenos Aires, 2000, cap. 40 (S/N), disponible en <http://www.argentina-rree.com>, consultado el 5 de agosto de 2012. Dicho esto, debe remarcarse junto a los precitados autores que la doctrina Drago "se basaba en el concepto de soberanía y los derechos de los gobiernos soberanos reconocidos en el uso y el derecho internacional, entre ellos el principio de no intervención. Según la doctrina del jurista, estos derechos no podían ser menoscabados por causa de deudas públicas". A semejanza de lo advertido en el caso de la doctrina Calvo, las formulaciones de Drago remitieron también a los intereses coyunturales del país, pasibles por entonces de ser extendidos a todos los países de la región latinoamericana.

extracontinentales en el hemisferio occidental³⁰. Razonamiento semejante puede hacerse en relación con al apego de las renombradas doctrinas al principio de no intervención, el cual discutía las atribuciones de los estados de origen para interpretar, monitorear y hacer cumplir normas que correspondían, conforme opinaban, a la órbita doméstica.

De modo general, se indica que la protección diplomática generaba no pocas contrariedades para la resolución de las controversias derivadas de operaciones de inversión. Al respecto, se parte de la observación que al descansar en las evaluaciones contingentes del estado exportador de capital, el inversor nunca estaba en condiciones ciertas de saber si la protección diplomática de su estado se activaría de modo efectivo, y en caso de resultar positiva, cómo y cuándo tendría lugar. Por otra parte, la posibilidad de que el estado promotor de la protección diplomática acordase un arreglo cuyos términos no satisficiesen los reclamos de los inversores estaba siempre latente. Más aún, gravitaba en estos contextos la eventualidad de que el estado del inversor en cuestión no extendiera al afectado de los beneficios agenciados mediante un arreglo.

Esta serie de contrariedades conllevaba que la protección diplomática —o en términos más correctos, la modalidad predominantemente forzosa que asumía la instrumentación de la figura de la protección diplomática— deviniera un remedio deficiente o poco fructuoso para la resolución de disputas derivadas de operaciones de inversión. Lo cierto es que todas las contrariedades asociadas a la protección diplomática suscitarían en el correr del tiempo la búsqueda de mecanismos institucionales alternativos para la resolución de disputas internacionales relativas a la inversión; mecanismos con niveles superiores de obligación, precisión y delegación. Más ello, deviene oportuno resaltar, no implicó el abandono de la figura de la protección diplomática³¹.

³⁰ Tal como explican Escudé y Cisneros, la doctrina Monroe se estructuró tras una declaración formulada en diciembre de 1823 por el entonces presidente de Estados Unidos James Monroe ante el Congreso de su nación a propósito del curso de acción a adoptar ante incursiones eventuales de las potencias europeas para retrotraer los procesos independentistas en el hemisferio americano. De acuerdo con esta doctrina existía en el hemisferio “un sistema americano, identificado con la libertad y la democracia, opuesto a un sistema europeo, caracterizado por monarquías guerreras y reaccionarias, cuyas políticas exteriores no tomaban en cuenta los intereses de sus pueblos”, en ESCUDÉ, Carlos y CISNEROS, Andrés (dirs.), *Historia general de...*, op. cit., cap. 8 (S/N).

³¹ Pese a que el complejo de regímenes contemporáneo sobre inversiones transnacionales habilita la interposición directa del reclamo del inversor ante las instituciones internacionales de resolución de controversias, ello de ningún modo implica que la figura de la protección diplomática haya perimido. Por tanto, y en correspondencia con lo apuntado al momento de dar cuenta de la instrumentación histórica del instituto, todas las consideraciones expuestas deben de extenderse a los procedimientos eventuales de protección diplomática activados en los tiempos actuales. En este orden de cosas, debe recordarse que la *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas* de 1961 dispone entre las funciones de los agentes diplomáticos el “proteger en el estado receptor los intereses del estado acreditado y los de sus nacionales dentro de los límites permitidos del Derecho Internacional” artículo (3-1-b). Por último, se indica que tales consideraciones fueron recientemente recogidas en el texto del *Proyecto de artículos sobre la protección diplomática* adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 58º período de sesiones, correspondiente al año 2006, y presentado a la Asamblea General como parte del Informe de la Comisión que cubre su tarea.

2. La crisis de las instituciones internacionales de inversión en el período entreguerras

Los significativos cambios experimentados en la escena mundial durante los primeros años del siglo XX —los que siguieron al estallido de la Primera Guerra Mundial, en especial— repercutieron en el ordenamiento internacional respecto a las inversiones más allá de las fronteras nacionales. Ciertamente, la pérdida de la hegemonía del Reino Unido a nivel mundial, la consolidación de nuevas potencias (Estados Unidos, en lo principal) y el resquebrajamiento paulatino de las estructuras coloniales, entre otros fenómenos de relevancia, acarrearón numerosos ajustes en los principios, normas, reglas y procedimientos de tomas de decisión relativas a la inversión vigentes durante la “era colonial”.

Estos cambios, se impone aclarar, no implicaron una ruptura, un distanciamiento radical de aquellos instrumentos normativos, sino más bien una reconfiguración progresiva, propia de un contexto de crisis, de una coyuntura en la cual lo “viejo que no terminaba de perecer y lo nuevo de nacer”, en alusión con el apotegma clásico de Gramsci.

Impulsados en buena medida por los cuestionamientos crecientes de actores otrora “regla-aceptantes”, los ajustes en consideración terminaron por contravenir la idea de la existencia de un régimen internacional universal y uniforme respecto al trato y a la protección del capital; idea que venía siendo desafiada, conforme lo anunciado líneas arriba, desde la formulación misma de las doctrinas Calvo y Drago. Estos cuestionamientos, canalizados tanto en el plano de lo discursivo-legal como en el de la acción política, expresaron un reclamo —no siempre explícito— para la revisión de los niveles o grados de obligación, precisión y delegación de las instituciones internacionales en materia de inversión.

En lo que refiere a la dimensión del discurso político-legal, ha de apuntarse que los años de entreguerras fueron testigos de un proceso mediante el cual los gobiernos de los estados receptores de capital asimilaron e interpelaron de modo creciente las argumentaciones rectoras de las doctrinas Calvo y Drago³². El recurso creciente a las ideas-fuerzas de las mencionadas doctrinas no era casual: constituía, de hecho, una expresión inexpugnable del interés de esos actores por robustecer las atribuciones soberanas y autonómicas nacionales en un contexto internacional en transición. Estos cuestionamientos discursivos a las reglas imperantes en la era colonial alumbraron intensos debates con las potencias exportadoras de capital, sobre todo en los diversos foros multilaterales celebrados durante el período. Las denominadas Conferencias Panamericanas constituyeron claros ejemplos de ello³³.

³² LIPSON, Charles, *Standing Guard. op. cit.*, ps. 73-74.

³³ Estas conferencias, vale recordar, fueron iniciadas en tiempos anteriores al período entreguerras: la primera de ellas tuvo de hecho lugar en la ciudad de Washington en 1889-1890. En aquella oportunidad, y siguiendo a Newcombe y Paradell, los estados del hemisferio adoptaron el principio de la igualdad absoluta en el trato hacia los nacionales y a los extranjeros. NEWCOMBE, Andrew P. y PARADELL, Lluís, *Law and Practice...*, *op. cit.*, p. 13. Sin ánimo de realizar un exhaustivo análisis por el derrotero de las mencionadas conferencias, se recurre a continuación a Krasner quien expone: “en la sexta Conferencia Internacional de Estados Americanos, que tuvo lugar en

Aunque ubicada temporalmente en los tiempos finales de la era colonial, resulta interesante identificar como precedente de las discusiones en torno a las instituciones reguladoras de las inversiones a la Conferencia Internacional de Paz de La Haya desarrollada en 1907. Al respecto, debe apuntarse que en aquel contexto la doctrina Drago encontró recepción parcial al encontrar codificación en el artículo primero de la Convención por la limitación del empleo de la fuerza para el cobro de las deudas³⁴.

Siguiendo las formulaciones de Newcombe y Paradell, se advierte que a diferencia de lo ocurrido en los foros multilaterales recién consignados, las discusiones impulsadas bajo auspicios de la Sociedad de Naciones (SDN) a fines de la década del veinte e inicios de la década del treinta no llegaron a producir ajustes normativos en materia del trato a los inversores extranjeros³⁵. El primer ensayo dentro de esta institución encaminado a la codificación de normas internacionales en la materia bajo análisis se llevó a cabo en París durante 1929 en instancias de la Conferencia Internacional sobre el Tratamiento a Extranjeros. Con la participación de 47 estados, la Conferencia estuvo signada por la tensión entre aquellos que procuraban sellar de forma multilateral la obligación de tratar a los extranjeros y a sus propiedades conforme estándares mínimos internacionales (estados exportadores de capital, en lo general), y aquellos otros que propiciaban la consagración del instituto del trato nacional (estados latinoamericanos, de Europa del Este y ex colonias, en su mayoría). En el borrador de la Convención terminó por imponerse la perspectiva última, lo que motivó el rechazo de las potencias exportadoras de capital y el fracaso consiguiente de la Conferencia.

El segundo ensayo frustrado de codificación de normas en la materia dentro del seno de la SDN se dio un año más tarde en La Haya en el marco de la Conferencia de Codificación de Derecho Internacional. En este contexto, el ensayo estuvo habilitado en el tratamiento de la "responsabilidad internacional de los estados por daños causados en sus territorios a las personas y bienes de los

La Habana en 1928, la comisión de juristas recomendó la adopción del principio de que "ningún estado tiene el derecho a interferir en los asuntos internos de otro". No obstante, la propuesta se rechazó en buena medida por la oposición de Estados Unidos, que había realizado diversas intervenciones en América Central y en el Caribe". En este contexto, el entonces Secretario de Estado norteamericano, Charles Evans Hughes, "defendió el derecho de Estados Unidos a intervenir para proteger la vida de sus nacionales si el orden se veía alterado en otro país". Varios años debieron de pasar para que Estados Unidos modificase tal postura. En la séptima Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en 1933, Estados Unidos —conducido ahora por la denominada "política del buen vecino"— aceptó finalmente el principio de la no intervención. KRASNER, Stephen *Soberanía: Hipocresía organizada*, Paidós, Barcelona, 2001, p. 38. Para un análisis detallado de las mencionadas conferencias, se recomienda la obra de DALLANEGRA PEDRAZA, Luis, *Relaciones Políticas entre Estados Unidos y América Latina: ¿Predominio Monroista o Unidad Americana?*, Edición del Autor, Buenos Aires, 1994, disponible en línea, última consulta el 23 de abril de 2010 en: <http://luisdallanegra.bravehost.com/Libropdf/EUAmLat.pdf>.

³⁴ Se adjetiva a la mentada recepción como parcial debido a que los lineamientos doctrinarios de Drago debieron de articularse con las proposiciones del delegado de Estados Unidos, Horace Porter. Merced esta combinación, la renuncia al uso de la fuerza para obtener el pago de la deuda quedaba condicionada a la aceptación de una solución arbitral por la nación deudora. Para mayores detalles sobre la conferencia, véase TAMBURINI, Francesco, "Historia y destino...", *op. cit.*, y ESCUDÉ, Carlos y CISNEROS, Andrés (Dirs.), *op. cit.*, cap. 41 (S/N).

³⁵ NEWCOMBE, Andrew P. y PARADELL, Lluís, *Law and Practice...*, *op. cit.*, p. 15, traducción propia.

extranjeros”, cuestión incluida en el artículo 10 del acuerdo en borrador. Tal cual lo experimentado precedentemente en París, se produjo un enfrentamiento de posiciones entre aquellos que defendían la idea de un trato atento a estándares mínimos internacionales y aquellos otros defensores de la igualdad entre nacionales y extranjeros. La brecha entre tales posturas marcó finalmente el fracaso de la Convención votada, al no conseguir la ratificación de los dos tercios de estados requeridos³⁶.

Los cuestionamientos a las instituciones internacionales imperantes en el período colonial trascendieron el plano discursivo. A tales efectos, resulta importante remarcar que durante el período de entreguerras se produjeron numerosos episodios de nacionalizaciones y estatizaciones que desafiaron *de facto* los dispositivos institucionales vigentes durante los tiempos iniciales del sistema internacional contemporáneo.

Tal cual lo expuesto por Lipson, el mayor reto a aquel ordenamiento institucional provino de la Revolución Rusa de 1917, particularmente luego del triunfo de las fuerzas bolcheviques³⁷. En rigor, el repudio a la deuda soberana de la Rusia zarista y las medidas tendentes a la socialización de las tierras e industrias conmovieron severamente el ordenamiento internacional en materia de inversiones al redefinir el significado de la propiedad tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

Otro de los desafíos a las instituciones internacionales de inversión vigentes durante la “era colonial” devino del Estado turco, constituido sobre las bases del recientemente desarticulado Imperio Otomano³⁸. En efecto, con miras a robustecer los atributos soberanos y autónomos de aquella entidad estatal novel, el gobierno nacionalista de Kemal Atatürk se dispuso modificar la lógica de vinculación que el desaparecido Imperio Otomano mantenía con los inversores extranjeros y con las potencias occidentales, por extensión. En ese marco procuró entonces revisar las prerrogativas instituidas en los sucesivos tratados de capitulación, repudiar la deuda del imperio y reducir las concesiones a los inversores extranjeros.

Las instituciones internacionales de inversión imperantes durante la era colonial encontraron cuestionamientos *de facto* también en la región latinoamericana. Junto a Bucheli, se sostiene que fueron las expropiaciones cursadas durante y luego de la revolución mexicana las que tuvieron mayor repercusión³⁹. Finalmente, la decisión del Gobierno de Bolivia de expropiar las concesiones y bienes de la compañía petrolera Standard Oil Company en 1937 marcó otro hito en la mirada de cuestionamientos a las instituciones internacionales de inversión vigentes desde

³⁶ *Ibidem*, p. 16.

³⁷ LIPSON, Charles, *Standing Guard. op. cit.*, ps. 66-67.

³⁸ *Ibidem*, p. 82.

³⁹ BUCHELI, Marcelo, “Economic Nationalism, Political Constituencies, and Multinational Corporations: The Impact of the Mexican Oil Nationalization in Colombia”, College of Business Working Papers, Universidad de Illinois-Urbana-Champaign, 2006, disponible en: http://www.business.uiuc.edu/Working_Papers/papers/06-0123.pdf, accedido el 5 de agosto de 2012.

los tiempos primarios del orden internacional westfaliano⁴⁰.

La crisis de las instituciones internacionales de inversión vigentes durante la era colonial no se evidenció solamente en los cuestionamientos referenciados, sino también en los conflictos crecientes de los dispositivos oportunamente perfeccionados para monitorear y sancionar de modo efectivo los desvíos normativos. En este sentido, se advierte que las potencias conocieron crecientes costos —en términos estratégico-militares, político-económico y simbólicos— para recurrir a las “soluciones de hecho” propias de la “diplomacia de las cañoneras”. Al compás del deterioro de los mecanismos de *enforcement* históricos, se diseñaron —e impusieron— paulatinamente nuevos dispositivos institucionales distantes del uso y/o amenaza del uso de la fuerza.

La resolución del desafío abierto por la revolución rusa puso en evidencia la crisis institucional en consideración. A tales efectos, conviene bien recordar que en 1921 el Gobierno de la entonces flamante Unión Soviética reconoció su obligación legal de atender los reclamos de los inversores extranjeros afectados para sus resoluciones, pero vinculó el cumplimiento de aquellas demandas al pago de compensaciones por parte de las potencias occidentales en concepto de los daños por éstas infligidos durante la revolución⁴¹. Fueron poco efectivos los ensayos de estas últimas por sancionar las medidas de Moscú. Descartada una resolución por vía de la fuerza, las potencias procuraron sin éxito alcanzar una salida negociada. Sin embargo, los intereses disímiles entre las potencias imposibilitaron una posición unívoca habilitando consecuentemente a los representantes de la Unión Soviética a concluir acuerdos por separado con cada una de ellas⁴².

El desafío turco a las instituciones internacionales de inversión también se encausó y resolvió mediante una salida negociada, concretada en el Tratado de Lausana⁴³. Lo propio, por su lado, puede señalarse en lo relativo al conflicto suscitado entre el gobierno boliviano y la Standard Oil. Siguiendo a Wilkins, se expone que luego de cuatro años de negociaciones en las que tomó intervención directa el Departamento de Estado norteamericano, las autoridades bolivianas ofrecieron una compensación a la firma, zanjando consiguientemente la disputa⁴⁴.

Diferente fue, en cambio, el mecanismo de *enforcement* instituido en el contexto de las controversias derivadas de las medidas adoptadas por el México revolucionario. Al respecto, debe de apuntarse que en el transcurrir de la década del veinte los gobiernos mexicanos y norteamericanos decidieron delegar en dos

⁴⁰ LIPSON, Charles, *Standing Guard. op. cit.*, p. 78.

⁴¹ Según Lipson, el monto de los daños reclamados por el gobierno soviético ascendía a 39 millones de rublos mientras que las deudas demandadas por los extranjeros rondaban los 9,6 millones. Véase LIPSON, Charles, *Standing Guard. op. cit.*, p. 67.

⁴² *Ibidem*, p. 68.

⁴³ RENOUVIN, Pierre, *Historia de las...*, *op. cit.*.

⁴⁴ WILKINS, Mira, “Multinational Oil Companies in South America in the 1920s: Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Ecuador, and Peru” en *Business History Review*, nº 48, 1974, p. 430.

comisiones específicas el arreglo de las controversias en cuestión⁴⁵. Las respuestas de las mentadas comisiones expusieron cabalmente las tensiones que atravesaban a las instituciones internacionales de inversión en aquel entonces. Al respecto, se indica que varios fueron los casos en los que se reafirmó la noción del trato conforme estándares internacionales en detrimento de la posición defensiva mexicana basada en la idea del trato nacional⁴⁶. En otros casos, no obstante, las comisiones dieron lugar al argumentar mexicano, específicamente en lo concerniente al planteo sobre la improcedencia de reclamos donde el extranjero afectado hubiera renunciado oportunamente a la posibilidad de activar la figura de la protección diplomática de su estado de origen; planteo basado en la denominada Cláusula Calvo⁴⁷.

Más allá de los dispositivos institucionales concebidos para el arreglo pacífico de cada uno de los casos reseñados, no debe descuidarse la instauración durante este período de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), quien desempeñó un papel destacado en la resolución de controversias en materia de inversión⁴⁸.

En este orden de cosas, se considera oportuno ponderar por último la institucionalización durante el período del Tratado General de Renuncia a la Guerra,

⁴⁵ Se hace referencia a la Comisión General de Reclamaciones entre Estados Unidos y México y a la Comisión Especial de Reclamaciones entre Estados Unidos y México. La primera tenía por mandato ventilar las demandas derivadas de daños ocasionados a extranjeros desde el 4 de julio de 1868 y que estuvieran aún pendientes en el momento de la institucionalización de la referida Comisión, mientras que la segunda tenía jurisdicción sobre reclamos provenientes de daños reportados en el período revolucionario, entre 1910 y 1920, concretamente. Es conveniente agregar que además de las instauradas con Estados Unidos, México acordó comisiones semejantes con Alemania, Inglaterra, Italia y Francia. Para mayor información véase DÍAZ, Luis Miguel, *México y las comisiones internacionales de reclamación*, Tomo 1, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1983, disponible el 10 de junio de 2012 en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1781>.

⁴⁶ Fueron cinco, en concreto, los casos en los cuales la Comisión resolvió a favor de la figura del trato por estándares internacionales: Neer (1926); Faulkner (1927); Harry Roberts (1927); Hopkins (1927) y Way (1929).

⁴⁷ Producto de las interpretaciones e inferencias que se hicieran de la obra del tratadista argentino, la Cláusula Calvo refiere a una disposición normativa orientada a desactivar formalmente el recurso de la protección diplomática por parte del extranjero, del inversor, verbigracia. Tal disposición era —es— incluida en los contratos particulares con los inversores; pero también en instrumentos constitucionales. A tales efectos, deviene oportuna la transcripción del artículo 27 la Constitución Mexicana de 1917: "Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus aciones o para obtener concesiones de explotación de minas o de aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la secretaría de relaciones exteriores en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no evocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquellos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la nación los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo". Realizadas las aclaraciones sobre el particular, se apunta que los fallos de las Comisiones que convalidaron la cláusula Calvo correspondieron a los casos North American Dredging Company (1926); International Fisheries (1931); Mexican Union Railway (1930) e Interoceanic Railway (1931).

⁴⁸ En efecto, desde su conformación en 1921 hasta su extinción formal tras la creación de la institución que la sucediera —la Corte Internacional de Justicia (CIJ)—, la CPJI debió de ventilar varios procedimientos atravesados por los posicionamientos encontrados respecto a los derechos e institutos involucrados en las operaciones de inversión allende las fronteras nacionales. Ejemplo de ello fue el caso de las Concesiones Mavrommatis en Palestina (Grecia contra el Reino Unido), en donde la CPJI ratificó la figura de la protección diplomática como un principio elemental del Derecho Internacional. Para mayores detalles, se sugiere DIEZ DE VELAZCO, Manuel, *Instituciones de Derecho...*, op. cit., p. 723.

instrumento clave en el proceso por la interdicción del uso de la fuerza como mecanismo de resolución de disputas internacionales, entre ellas las derivadas de operaciones de inversión⁴⁹.

3. Los debates por las instituciones internacionales en materia de inversión en la segunda mitad del siglo XX

El período inaugurado tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial marcó un incremento en número y complejidad de las tensiones en torno a la institucionalización de las normas reguladoras de la inversión en el extranjero, a resultas del aumento y de la diversificación de actores en el contexto internacional. Promovidas por el avanzar de los fenómenos de la descolonización y de la Guerra Fría, las discusiones respecto a las instituciones internacionales relativas a inversiones crecieron en frecuencia e intensidad, cercenando una y otra vez las posibilidades en pos de la institucionalización de un régimen internacional en la materia.

Las primeras tensiones sobre el particular se enmarcaron en las negociaciones en torno a lo que se suponía devendría el tercer pilar del orden de Bretton Woods: la Organización Internacional de Comercio (OIC)⁵⁰. Al respecto, ha de apuntarse que durante la reunión preparatoria de la Conferencia Mundial sobre Comercio y Empleo, desarrollada en Ginebra en diciembre de 1947, la delegación norteamericana propuso para la discusión de la carta constitutiva de la institución un borrador de articulado en el cual se disponía la concesión de la cláusula de NMF y el TN a los inversores extranjeros.

La oposición a la iniciativa norteamericana fue inmediata. Un rechazo activo fue el que sostuvieron las delegaciones de la India y Burma, quienes reclamaron la eliminación de toda referencia al tema de las inversiones en la Carta⁵¹. De acuerdo con sus argumentaciones, se trataba de “una cuestión demasiado compleja para ser enfrentada sin la debida preparación”⁵². México, por su lado, contrapuso el planteo norteamericano con otro borrador que enfatizaba la obligación de los inversores extranjeros de respetar las leyes domésticas del estado receptor y no suscitar interferencias en sus asuntos y políticas nacionales.

La brecha de posiciones fue sorteada en el transcurrir de la conferencia

⁴⁹ Conocido también como el Pacto Briand-Kellogg —en virtud de sus principales promotores, el Ministro de Asuntos Exteriores de Francia y el Secretario de Estado norteamericano— el tratado disponía en su artículo primero la condena a la guerra como medio de solución de controversias internacionales y el desistimiento de las partes a “su uso como herramienta de la política nacional en sus relaciones mutuas”. El tratado fue firmado el 27 de agosto de 1928 por 15 Estados, a los que se sumaron luego otros 57.

⁵⁰ TSCHOFEN, Franziska, “Multilateral Approaches to the Treatment of Foreign Investment” en *ICSID Review*, 1992, ps. 401-404.

⁵¹ United Nations Conference on Trade and Employment (UNCTE), *Second Committee: Economic Development, Article 12 – International Investment for Economic Development, Informal Analysis of Amendments Prepared by Secretariat*, (E/CONF.2/C.2/B/W.1), 1 de enero de 1948, disponible el 17 de junio de 2012 en: <http://sul-derivatives.stanford.edu/derivative?CSNID=90180299&mediaType=application/pdf>.

⁵² *Ibidem*, traducción propia.

celebrada meses más tarde en La Habana, Cuba, cuando los negociadores acordaron una fórmula de consenso⁵³. Consagrada en el artículo 12.2 de la denominada Carta de La Habana, la fórmula en cuestión proclamaba el compromiso de los Estados miembros, primero “a ofrecer oportunidades razonables para las inversiones que estimen aceptables, así como garantías adecuadas para las inversiones existentes y futuras”, y segundo “a tener debidamente en cuenta la conveniencia de evitar discriminaciones entre las inversiones extranjeras”. Pero este acercamiento de posiciones, alcanzado a expensas de las tres dimensiones inherentes a todo proceso de legalización, resultaría pronto desvirtuado: Estados Unidos, principal motor del proyecto, resolvió no ratificar la Carta, decisión inmediatamente replicada por la gran mayoría de los estados que la habían firmado⁵⁴.

El Acuerdo General sobre Comercio y Tarifas (GATT, por sus siglas en inglés), como régimen residual de aquella institución pensada como reguladora y administradora del comercio internacional, concedió exigua atención a la problemática de las inversiones extranjeras⁵⁵. Así pues, la cuestión de marras debió de abordarse en otras instancias.

En el ámbito bilateral, la problemática respecto el ordenamiento internacional de las inversiones se encauzó mediante dos tipos de instrumentos: por un lado, los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación de nueva generación; por otro lado, los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones (TPPI) —denominados genéricamente también como Tratados Bilaterales de Inversión (TBI)—⁵⁶. Si bien la suscripción de estos tratados supuso un apaciguamiento de las tensiones entre actores estructuralmente asimétricos, la existencia de dos estrategias diferentes por parte de los estados desarrollados desnudó las diferencias en torno a la obligación, precisión y delegación de las instituciones internacionales ordenadoras de la inversión.

En lo que respecta a los TACN de nueva generación, se apunta que los mismos fueron promovidos excluyentemente por Estados Unidos⁵⁷. Aunque en buena medida semejantes a los instrumentos homónimos suscritos durante el siglo XVIII y XIX⁵⁸, los TACN de nueva generación registraron varias innovaciones. En

⁵³ DATTU, Riyaz, “A Journey from Havana to Paris: The Fifty-Year Quest for the Elusive Multilateral Agreement on Investment” en *Fordham International Law Journal*, vol. 24, nº 1, p. 287.

⁵⁴ De hecho sólo dos Estados (Australia y Líbano) dieron su ratificación; cifra por cierto bastante lejana a las requeridas para que la Carta entrara en vigor. Para interpretaciones respecto a las razones que condujeron al rechazo de Estados Unidos a ratificar el mentado tratado se recomienda DÍAZ MIER, Miguel Ángel, *Del GATT a la Organización Internacional de Comercio*, Síntesis, Madrid, 1996, y SPERO, Joan y HART, Jeffrey, *The Politics of International Economic Relations*, Thomson – Wadsworth, Belmont, 2003.

⁵⁵ BREWER, Thomas y YOUNG, Stephen, *The Multilateral Investment System and Multinational Enterprises*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, p. 69.

⁵⁶ VANDEVELDE, Kenneth, “A Brief History of International Investments Agreements” en *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*, vol. 12, nº 1, Davis, CA, 2005.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 23. Durante el período comprendido entre 1946 y 1966, veintidós fueron los tratados de amistad, comercio y navegación firmados por Estados Unidos. El primero de ellos fue firmado con Taiwán, los últimos, con Togo y Tailandia.

⁵⁸ Al igual que los TACN firmados durante el siglo precedente, se nota que los nuevos instrumentos

correspondencia con las explicaciones de Vandevelde se repara que los nuevos tratados protegían no sólo a los individuos sino también a las corporaciones⁵⁹. Tales acuerdos prevenían el derecho a establecer operaciones de inversión en la contraparte, situación no prevista en los instrumentos de antaño, dedicados exclusivamente a velar por operaciones ya concretadas. Y los nuevos acuerdos contenían un mecanismo para la resolución de disputas. Siguiendo a Vandevelde, los tratados otorgaban "jurisdicción a la CIJ sobre toda disputa derivada de la interpretación o aplicación de los tratados"⁶⁰.

En paralelo a los TACN impulsados por Estados Unidos, los estados europeos promovieron otros instrumentos que ocuparían los cimientos del complejo de regímenes internacionales concernientes a inversiones: los mentados TBI. El primer TBI firmado en el mundo fue el suscrito entre la República Federal de Alemania y Pakistán en 1959⁶¹. En coincidencia con Sacaluse, es de reparar que el hecho de que Alemania deviniera el pionero en este tipo de acuerdos se vinculaba a una realidad particular: tras perder sus inversiones en el extranjero al finalizar de la Segunda Guerra Mundial, Alemania sabía los riesgos políticos a los que este tipo de operaciones estaban expuestas⁶². Tal política fue pronto replicada por otros países desarrollados⁶³. De acuerdo con Beltramino, se advierte que estos primeros TBI tenían por objetivo principal proteger a los inversionistas "en países recientemente independizados que tenían una tradición jurídica incipiente y poco conocida para los europeos"⁶⁴.

Estados Unidos —involucrado hasta entonces en la política de los TACN de nueva generación— lanzó su programa de firma de TBI a fines de la década de los setenta, concluyendo las negociaciones recién en la década de los ochenta⁶⁵. Varias fueron las consideraciones ensayadas por los especialistas para explicar los reparos iniciales de las autoridades estadounidenses a los TBI. De acuerdo con Vandevelde, los TACN de nueva generación consideraban cuestiones no tratadas en los TBI europeos: los efectos de las políticas de control de cambio y los derechos previos

impulsados por Estados Unidos garantizaban tanto la "reciprocidad en el trato" como la "mayor y constante protección y seguridad" a la propiedad de los nacionales de la contraparte. Del mismo modo, los mencionados tratados de "nueva generación" contenían la figura de la nación más favorecida.

⁵⁹ VANDEVELDE, Kenneth, "A Brief History ..." *op. cit.*, p. 163.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 164., traducción propia.

⁶¹ DOLZER, Rudolf y STEVENS, Margrete, *Bilateral investment Treaties*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1995, p. 10.

⁶² SACALUSE, Jeswald, "BIT by BIT..." *op. cit.*.

⁶³ A título ilustrativo, se indica que Francia concluyó su primer TBI en 1960, Suiza en 1961, los Países Bajos en 1963, Italia, Bélgica y Luxemburgo en 1964, Suecia y Dinamarca en 1965, Noruega en 1966, Reino Unido en 1975, Austria en 1976, y Japón en 1977.

⁶⁴ BELTRAMINO, Ricardo, *La promoción de inversiones en los acuerdos de inversiones firmados por Argentina*, Documento de Trabajo nº50, Área de Relaciones Internacionales, FLACSO/Argentina, Buenos Aires, 2010, p. 5, disponible el 17 de junio de 2012 en: <http://www.flacso.org.ar/rrii/publicaciones/doc50.pdf>.

⁶⁵ En este marco, es de recordar que Estados Unidos lanzó su programa de firma de TBI en 1977, llegando a suscribir el primero de ellos en 1982 con Egipto.

al establecimiento de inversiones, por ejemplo⁶⁶. Para Sacaluse, Estados Unidos tenía serias inquietudes con respecto a las derivaciones de estos instrumentos sobre las capacidades del país para cursar acciones para la defensa de la propiedad de sus nacionales⁶⁷. En tal sentido, recuerda que los instrumentos en mención delegaban la resolución de controversias en mecanismos diferenciados: mientras que los TACN de nueva generación que delegaban la resolución de disputas a la CIJ, los TBI preveían la instauración de dispositivos arbitrales en los que los inversores podrían activar directamente⁶⁸. En correspondencia con los lineamientos teórico-conceptuales del artículo, se acentúa que al entender de las autoridades norteamericanas los TACN gozaban de mayores niveles de obligación, precisión y delegación.

Ante las iniciativas bilaterales recién comentadas, se gestaron durante el período de posguerra otros ensayos para la instauración de instituciones en la materia, los cuales procuraron contravenir y/o impugnar los términos y condiciones consagrados en los tratados recién referenciados⁶⁹. En contraposición con el carácter asimétrico de aquellos instrumentos bilaterales, estos ensayos propugnaron la articulación de prácticas cooperativas entre actores cuyos intereses y realidades se reconocían semejantes.

En este orden de ideas, y en conformidad con Leal-Arcas, es de comentar que múltiples fueron los ejercicios de cooperación entre los países en desarrollo —países del Tercer Mundo, conforme el discurso de la Guerra Fría— respecto la problemática bajo estudio en el período comprendido desde inicios de la década de los sesenta (esto es, desde el apogeo del proceso de descolonización), hasta mediados de la década de los ochenta (es decir, hasta el estallido de la denominada crisis de la deuda)⁷⁰. A continuación, se mencionan sólo algunos de dichos ensayos: la aprobación en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas de la Resolución 1803 (XVII) relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales, la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1966, el llamado a negociar un Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI), el reclamo para instituir un código de conducta para la transferencia de tecnología en el contexto de la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), entre las más resonantes.

⁶⁶ VANDEVELDE, Kenneth, "A Brief History ..." *op. cit.*.

⁶⁷ SACALUSE, Jeswald, "BIT by BIT" *op. cit.*, p. 655.

⁶⁸ En su gran mayoría, los TBI remiten en primer término al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversión (CIADI) como instancia institucional para la resolución arbitral de resolución de controversias. En segundo término, disponen por lo general la conformación de tribunales *ad hoc* conforme las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o *UNCITRAL*, por sus siglas en inglés). Para un análisis exhaustivo de estos dispositivos institucionales se recomienda BISHOP, R. Doak, CRAWFORD, James y REISMAN, Michael W. *Foreign Investment Disputes...* *op. cit.*, ps. 319-443, y SHORE, Laurence Shore y WEINIGER, Matthew, *International Investment Arbitration...* *op. cit.*, ps. 45-77.

⁶⁹ DATTU, Riyaz, "A Journey from..." *op. cit.*, ps. 283-285.

⁷⁰ LEAL-ARCAS, Rafael "The Multilateralization of..." *op. cit.*, ps. 55-57.

Pero, estas iniciativas multilaterales como respuestas alternativas de los países en desarrollo no resistieron los desafíos que supuso el colapso económico de la década de los ochenta. Al decidirse por la gestión en solitario de la crisis, los países en desarrollo —los latinoamericanos, como casos paradigmáticos— minaron de modo paulatino los puentes de cooperación en todo lo concerniente a la regulación internacional de inversiones.

4. Las tensiones por la regulación de las inversiones en el período de la globalización

En este marco, se indica que la extensión e intensificación de la globalización acarrió ajustes tan vastos como heterogéneos en el ordenamiento político-económico internacional hacia las inversiones. En tal sentido, se sostiene que perimida la lógica de la Guerra Fría y ante las crecientes dificultades de los relatos y ensayos de desarrollo autárquico, las ideas y políticas de asimilación y apertura a los circuitos globales comenzaron a asimilarse en países y regiones con vastos antecedentes en pensamientos y prácticas proteccionistas. Este reacomodamiento gradual de las estrategias de integración a los flujos internacionales de inversión supuso un apaciguamiento de las tensiones derivadas de las asimetrías estructurales.

En concordancia con Hamilton y Rochwerger, se comenta que diversos fueron —son— los tipos de Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) orientados a ordenar los flujos internacionales de inversión en los tiempos de la globalización: los TBI, los Tratados de Libre Comercio (TLC) con capítulos dedicados a la inversión, y los tratados regionales regulatorios de un sector específico, como es el caso de la denominada Carta de Energía⁷¹. Además de ello, la cuestión de las inversiones resultó abordada por los tratados orientados a evitar la doble tributación (TDT) y el cúmulo de acuerdos pluri y multilaterales que, aunque centrados en otras temáticas (propiedad intelectual, servicios, por ejemplo), incluyen provisiones reguladoras de las operaciones de inversión⁷². Al constituir opciones diferenciadas en términos de obligación, precisión y delegación, estos instrumentos marcaron el desacuerdo de los actores internacionales —estatales especialmente— en el particular.

Estas diferencias se explicitaron de lleno en las diversas iniciativas impulsadas durante el período en aras de institucionalizar un régimen internacional único y comprehensivo. De todas ellas, se considera a continuación la iniciativa impulsada por los países desarrollados dentro de la OMC. Al respecto, conviene señalar que habida cuenta del tratamiento fragmentario de la regulación de inversiones en la OMC⁷³, los países desarrollados (la Unión Europea y Canadá, en particular)

⁷¹ HAMILTON, Calvin y ROCHWERGER, "Trade and Investment: Foreign Direct Investment Through Bilateral and Multilateral Treaties" en *New York International Law Review*, vol. 18, nº 1, 2005, ps. 2-3.

⁷² SAUVANT, Karl P., "The Rise of International Investment, International Agreements and Investment Disputes" en SAUVANT, K. (Ed.) *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 11.

⁷³ En este marco, conviene recordar que dos de los instrumentos incorporados al Acta de Marrakech contenían disposiciones relativas a la inversión: el Acuerdo sobre las Medidas en materia de

promovieron la institucionalización de un “Posible Marco Multilateral de Inversión” (PMMI). La Primera Conferencia Ministerial celebrada en Singapur en 1996 fue el escenario para el lanzamiento de tal iniciativa. Si bien no consiguieron un mandato de negociación (tal cual su objetivo de máxima), los países desarrollados se aseguraron la creación del Grupo de Trabajo sobre la Relación entre el Comercio y las Inversiones (GTCI)⁷⁴.

En sintonía con Silva, se marca que los avatares experimentados en instancias de la Tercera Conferencia Ministerial en Seattle a finales de 1999 alcanzaron al tratamiento multilateral del tema de inversiones⁷⁵. Fue en la Conferencia Ministerial de Doha a fines de 2001 cuando la problemática de inversiones volvió a ocupar un espacio central en la agenda. Al respecto, se menciona la decisión de los estados miembros de establecer para después de la Quinta Conferencia Ministerial la celebración de “negociaciones sobre la base de una decisión que se ha de adoptar, por consenso explícito, en ese período de sesiones respecto de las modalidades de las negociaciones”⁷⁶.

La incorporación del tema de inversiones en la conferencia de Singapur generó reticencias generales de los países en desarrollo. Pero tales reticencias no tuvieron una base común sino que estuvieron motivadas en razones disímiles. Estos distanciamientos quedaron evidenciados en el contexto del GTCI. Es propósito de las líneas que siguen indagar las diferencias entre los países en desarrollo en el marco de las reuniones del mencionado grupo de trabajo. En consideración de las limitaciones espaciales, se analizan a continuación sólo dos aspectos que distanciaron y/o contrapusieron a los países en desarrollo: el concepto de inversión a instituir en el futuro acuerdo, y la conveniencia o no de avanzar en un régimen internacional sobre inversiones⁷⁷.

En lo que respecta a la definición de inversión, debe apuntarse que ya en las primeras reuniones del GTCI pudieron reconocerse dos grandes posturas sobre el particular⁷⁸. Una primera postura, sostenida preeminentemente por las

Inversiones vinculadas con el Comercio (MIC o *TRIMs*, por sus siglas en inglés) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS o *GATS*, por sus siglas en inglés). Un análisis exhaustivo de tales acuerdos se encuentra en DIAZ MIER, Miguel Ángel, *Del GATT a... op. cit.*

⁷⁴ OMC, *Conferencia Ministerial, Singapur - Declaración Ministerial de Singapur* - Adoptada el 13 de diciembre de 1996 (WT/MIN(96)/DEC), 1996, disponible el 23 de mayo de 2012 en: <http://docsonline.wto.org>.

⁷⁵ SILVA, Verónica, *El camino hacia las nuevas negociaciones comerciales en la OMC (Post Doha)* en CEPAL-División de Comercio Internacional e Integración, CEPAL, Santiago de Chile, 2001, p. 10, disponible 13 de junio de 2012 en: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/1/9041/lcl1684e.pdf>.

⁷⁶ OMC, *Conferencia Ministerial, Doha - Declaración Ministerial de Doha*, adoptada el 14 de noviembre de 2001 (WT/MIN(01)/DEC/1), 2001, párrafo 20, disponible el 23 de mayo de 2012 en: <http://docsonline.wto.org/>.

⁷⁷ Es de subrayar, no obstante, que el análisis sobre los puntos que marcaron distancias entre los países en desarrollo puede bien extenderse al considerarse los posicionamientos con respecto a los mecanismos de resolución de controversias, a las obligaciones y excepciones a reconocer para cada miembro, a la definición de códigos de conducta tanto para los inversores extranjeros como para sus estados de origen, a las políticas de incentivos y a los requerimientos a prescribir en las etapas previas y posteriores al establecimiento de las inversiones, entre las más importantes.

⁷⁸ OMC, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Relación entre Comercio e Inversiones al Consejo*

economías industrializadas, proclamaba la necesidad de adoptar una definición amplia, la cual contuviera a los activos financieros. La segunda postura, cercana en lo general a los países en desarrollo, apuntaba la conveniencia de asumir una definición restringida, basada exclusivamente en inversiones bajo la modalidad directa. Siguiendo las directrices teórico-conceptuales del artículo, ha de repararse que los posicionamientos respecto a la definición de inversión a adoptar excedieron —y exceden— el conflicto estructural entre estados desarrollados y en desarrollo. Al respecto, se expone que “Canadá y Japón —con el apoyo de Estados Unidos, la Unión Europea, Costa Rica, Australia, Nueva Zelanda y Brasil— se pronunciaron a favor de una definición amplia (...) Corea del Sur insistió en una definición más restringida, acotada a la IED, posición que fue apoyada por India”⁷⁹.

A semejanza de lo acontecido con la definición de inversión, la cuestión sobre la (in)conveniencia de un acuerdo multilateral se presentó en las primeras reuniones del GTCI, delimitando claros distanciamientos entre los países en desarrollo. La delegación india fue sin dudas la más firme opositora a la institucionalización de un instrumento multilateral⁸⁰. Oposición por cierto compartida por los representantes de Malasia y la mayoría de los países africanos. De acuerdo con esta postura de rechazo, no existía evidencia teórica ni empírica de que un régimen multilateral de inversiones mejorara *per se* las vinculaciones de los países en desarrollo con los flujos internacionales de inversión. Así pues, no habría incentivos para concluir un acuerdo que significara recortes a los márgenes de maniobra nacionales sobre todo, si ello implica renunciar a políticas e instrumentos sensibles para el desarrollo autónomo. Por contraste, la posición defensora de la vía multilateral reparaba sobre los beneficios de las reglas comunes. Sostenida por México, Costa Rica y la República Argentina, esta postura sostenía que “si bien los tratados internacionales entrañaban forzosamente la pérdida de cierta flexibilidad en la aplicación de políticas, ello se veía compensado por una mayor previsibilidad y estabilidad de las normas, un aspecto positivo generalmente reconocido como un elemento fundamental de las decisiones sobre inversión”⁸¹.

Es de advertir que bajo la postura defensora de la conveniencia de instituir un régimen internacional de inversiones subyace otra línea de fractura, la cual se refiere a si es efectivamente la OMC la instancia adecuada para enmarcar un acuerdo general sobre el tema. En este punto, se toma en consideración aquellos posicionamientos que, aunque convencidos de los beneficios de un régimen internacional comprensivo sobre inversiones, cuestionaban la fortaleza de los vínculos entre comercio/inversiones y la incumbencia normativa consiguiente de la

General, (WT/WGTI/2), 1998, Párrafo 181, acceso 5 de agosto de 2012, disponible en: <http://docsonline.wto.org>.

⁷⁹ RAGHAVAN, Chakravarthi, “El Norte impulsa negociaciones sobre inversión en la OMC” en *Tercer Mundo Económico*, 1998, disponible el 25 de mayo de 2012 en: <http://www.tercermundoeconomico.org.uy/TME-112/tendencias01.htm>.

⁸⁰ OMC, *Grupo de Trabajo sobre la Relación entre Comercio e Inversiones, Informe de la reunión celebrada el 31 de octubre de 2000*, (WT/WGTI/M/12), acceso 5 de agosto de 2012, disponible en: <http://docsonline.wto.org/>.

⁸¹ *Ibidem*.

OMC.

Cabe apuntar que la incorporación del tema de inversiones en la agenda de la OMC no fue una iniciativa aislada por parte de las economías desarrolladas. Al respecto, es menester subrayar concomitante a la introducción del tema de inversiones en la OMC se propiciaron negociaciones para un Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) en el marco de la OCDE. Tratado desde mediados de la década del noventa, el AMI se proponía, tal como explica Correa, "ser un tratado jurídicamente vinculante, abierto a países que no fueran miembros de la OCDE, para asegurar normas más estrictas de protección y de seguridad legal para inversionistas extranjeros"⁸². Trascendidos los detalles y alcances del proyecto⁸³, las negociaciones fueron abandonadas en 1998 luego de que Lionel Jospin, Primer Ministro francés, anunciara el retiro de su gobierno de las negociaciones en consideración. El abandono de estas negociaciones fue capitalizada por numerosos organismos no gubernamentales quienes se oponían al acuerdo por identificarlo como contrapuesto a la democracia y al cuidado medioambiental.

5. Consideraciones a modo de cierre

El recorrido diacrónico por las diversas tensiones que afectaron al proceso de legalización en la cuestión de las operaciones de inversión permitió constatar las limitaciones de los estados para generar instancias de cooperación de carácter comprehensivo y multilateral.

Conforme los lineamientos teórico-conceptuales desarrollados en el artículo, las dificultades de la institucionalización cooperativa de principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisión en la materia remitieron a los distanciamientos de los estados respecto a los niveles de precisión, obligación y delegación de los mismos. Tal cual se observó, estos distanciamientos excedieron la lógica del conflicto estructural entre Estados desarrollados y en desarrollo —estados exportadores o receptores de capital, por extensión—.

Llegado a este punto, puede marcarse que las diferencias de los estados en el particular se vincularon —se vinculan— a la sensibilidad de las operaciones de inversión sobre la soberanía y la autonomía. En breve, sobre los atributos más caros de los estados. En este respecto, se manifiesta que a diferencia de otras transacciones económicas que transcurren a través de las fronteras nacionales, las operaciones de inversión resultan preeminentemente irreversibles en lo inmediato, generando consecuencias de largo plazo. Esta circunstancia acarrió que los estados

⁸² CORREA, Carlos, "Tratados Bilaterales de Inversión: ¿Agentes de normas mundiales nuevas para la protección de los derechos de propiedad intelectual?" en *GRAIN Briefing*, Barcelona, 2004, p. 21, disponible el 23 de mayo de 2012 en: http://www.grain.org/briefings_files/correa-bits-august-2004-es.pdf.

⁸³ Si bien no fue secreto, el AMI careció de publicidad, lo cual fue punto de crítica de una pluralidad de académicos, instituciones y organismos no gubernamentales. Un riguroso análisis de las negociaciones se encuentra en KURTZ, Jürgen, "A General Investment Agreement in the WTO? Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment" en *Jean Monnet Working Paper 6/02, The Jean Monnet Program*, New York University, School of Law, Nueva York, 2002, ps. 41-56, disponible el 12 de mayo de 2012 en: <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/02/020601.pdf>.

promoviesen instituciones internacionales cuyos niveles de precisión, obligación y delegación se ajustaran a sus ideas y/o creencias respecto a la soberanía y a la autonomía.

De acuerdo con lo reseñado en el primer apartado, en los tiempos originarios del sistema internacional contemporáneo, las instituciones internacionales de inversión registraron relativa uniformidad y universalidad. En este sentido, se trataron de institutos propios de la costumbre internacional vigentes desde hacía varios siglos. Por otra parte, se trató de instrumentos convencionales para cuya firma no estuvo ajeno el recurso de la violencia. Se recalca que la uniformidad y universalidad de las instituciones internacionales de inversión fue relativa en razón de las crecientes impugnaciones, particularmente de los estados latinoamericanos.

La revisión de las principales tensiones de las instituciones internacionales de inversión durante los años de entreguerras explicitó la concurrencia caótica de viejos y nuevos dispositivos institucionales. Según se marcó, esta coyuntura de crisis fue un correlato de las profundas modificaciones operadas en el contexto internacional de entonces.

En la segunda posguerra, y tras el fracaso de la institucionalización de la OIC, la problemática de las inversiones pasó a ser abordado por diversas iniciativas bilaterales y multilaterales. En las instancias bilaterales, la problemática de las inversiones fue instrumentada mediante una nueva generación de TACN y los primeros TBI. Estos dispositivos representaron opciones disímiles en términos de obligación, precisión y delegación de las instituciones. Los distanciamientos entre los estados en lo concerniente a la institucionalización de normas reguladoras de la inversión se incrementaron en el avanzar de la segunda parte del siglo al compás del fortalecimiento del proceso de descolonización y el desarrollo de la Guerra Fría. Las iniciativas de los estados en desarrollo en el ámbito de la Asamblea de las Naciones Unidas y de la UNCTAD fueron prueba inefable de ello. No obstante, estos ensayos no resistieron los desafíos que supuso el colapso económico de la década de los ochenta, adoptando el camino de la gestión en solitario de la crisis.

Conforme a lo señalado, la extensión e intensificación del fenómeno de la globalización suscitó profusos ajustes en el ordenamiento político-económico internacional relativo a las inversiones transfronterizas. En efecto, con miras a sortear las crecientes dificultades de los relatos y ensayos de desarrollo autárquico, vastos países y regiones pusieron distancia a sus discursos y prácticas proteccionistas. Sin embargo, este reacomodamiento gradual de las estrategias de integración a los flujos internacionales de inversión no permitió la desaparición de las tensiones entre los estados sobre la cuestión en particular.

En los últimos años, estos distanciamientos quedaron evidenciados en los cambios de políticas hacia las inversiones extranjeras en la región latinoamericana tras el denominado giro a la izquierda a principios del siglo XXI. Al respecto, se

subraya que la denuncia de algunos gobiernos de la región a los TBI oportunamente suscritos y ratificados, como también a las instituciones internacionales de arbitraje para la resolución de controversias en materia de inversión —los casos de Bolivia y Ecuador, resultan los más ilustrativos—, marcan la persistencia de las tensiones⁸⁴.

Bien vale agregar que estos distanciamientos con respecto a los niveles de precisión, obligación y delegación de las instituciones internacionales reguladoras de inversión se registraron también en el contexto europeo, sobre todo a partir de la promulgación del Tratado de Lisboa. En este sentido, se indica que el precitado instrumento contiene disposiciones relativas a la cuestión de la inversión extranjera las cuales generaron —generan— vastos debates y/o desafíos en relación con la delimitación de competencias entre la Unión Europea (UE) y los estados miembros en cuanto a la institucionalización de principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisión en la materia⁸⁵.

En consideración de lo antedicho, se manifiesta finalmente que todas los proyectos y/o los ensayos orientados a la legalización de la cuestión de las inversiones en el contexto internacional, estuvieron, están y estarán, condicionados por las ideas y/o creencias de los estados sobre su soberanía y autonomía.

Bibliografía

- ABBOTT, Kenneth; KEOHANE, Robert; MORAVCSIK, Andrew; SLAUGHTER, Anne-Marie y DUNCAN, Snidal, "The Concept of Legalization" en GOLDSTEIN, Judith; KAHLER, Miles; KEOHANE, Robert O. y SLAUGHTER, Anne-Marie, *Legalization and world politics International Organization Special Issues*, The MIT Press, Cambridge, 2001.
- BULL, Hedley, *La sociedad anárquica. Un estudio sobre el orden en la política mundial*, Los Libros de La Catarata, Madrid, 2005.
- CARON, David, "Investor-State Arbitration: Strategic and Tactical Perspectives on Legitimacy" en *Suffolk Transnational Law Review*, Boston, vol. 22, nº 2, 2009.
- BELTRAMINO, Ricardo, *La promoción de inversiones en los acuerdos de inversiones firmados por Argentina*, Documento de Trabajo nº 50, Área de Relaciones Internacionales, FLACSO/Argentina, Buenos Aires, 2010, disponible el 17 de junio de 2012 en: <http://www.flacso.org.ar/rrii/publicaciones/doc50.pdf>.
- BIGGS, Gonzalo, "Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales" en *Revista de la CEPAL*, nº 80, Santiago de Chile, 2003.
- BROCHES, Aron, "Tutelle Juridique des Investissements Internationaux: L'Expérience de la

⁸⁴ Para un análisis de las modificaciones de las políticas hacia las inversiones extranjeras de los Estados latinoamericanos -de Bolivia y Ecuador, en particular- tras el mentado "giro a la izquierda" se sugiere STANLEY, Leonardo, "Natural Resources & Foreign Investors: A tale of three Andean countries," *Working Group Discussion Paper DP16, Working Group on Development and Environment in the Americas, Tufts University*, Medford, 2008, acceso 2 de septiembre de 2012, disponible en <<http://ase.tufts.edu/gdae/Pubs/rp/DP16StanleyApr08.pdf>>.

⁸⁵ Interesantes reflexiones respecto a las disposiciones del Tratado de Lisboa sobre la cuestión de la inversión extranjera se encuentra en GARCÍA DE QUEVEDO RUIZ, José, "Implicaciones del Tratado De Lisboa sobre la Política Comercial Comunitaria", en *ICE - Revista de Economía*, No. 851, 2009, pp. 86-88.

- Banque Mondiale" en *Realtà Economica*, nº 49, 1969.
- BREWER, Thomas y YOUNG, Stephen, *The Multilateral Investment System and Multinational Enterprises*, Oxford University Press, Nueva York, 2000.
- BUCHELI, Marcelo, "Economic Nationalism, Political Constituencies, and Multinational Corporations: The Impact of the Mexican Oil Nationalization in Colombia" en *College of Business working Papers*, University of Illinois at Urbana-Champaign, 2006.
- BURGOS-DE LA OSSA, María Angélica y LOZADA-PIMIENTO, Nicolás, "La protección diplomática en el marco de las controversias internacionales de inversión" en *Revista Colombiana de Derecho internacional*, nº 15, julio-diciembre de 2009.
- CHAMORRO CORONADO, Luis María, *Los Acuerdos Españoles de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, Alhulia, Granada, 2008.
- CORREA, Carlos, "Tratados Bilaterales de Inversión: ¿Agentes de normas mundiales nuevas para la protección de los derechos de propiedad intelectual?" en *GRAIN Briefing*, Barcelona, 2004.
- DALLANEGRA PEDRAZA, Luis, *Relaciones Políticas entre Estados Unidos y América Latina: ¿Predominio Monroista o Unidad Americana?*, Edición del Autor, Buenos Aires, 1994, disponible el 23 de abril de 2010 en <http://luisdallanegra.bravehost.com/Libropdf/EUAmLat.pdf>.
- DATTU, Riyaz, "A Journey from Havana to Paris: The Fifty-Year Quest for the Elusive Multilateral Agreement on Investment" en *Fordham International Law Journal*, vol. 24, nº 1.
- DELAUME, G. R., "Le Centre International pour le règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)" en *Journal du Droit International*, vol. 109, 1982.
- DÍAZ MIER, Miguel Ángel, *Del GATT a la Organización Internacional de Comercio*, Síntesis, Madrid, 1994.
- DÍAZ, Luis Miguel, *México y las comisiones internacionales de reclamación*, Tomo 1, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1983.
- DIEZ DE VELAZCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1997 (Undécima Edición).
- DOLZER, Rudolf y STEVENS, Margrete, *Bilateral investment Treaties*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1995.
- ESCODÉ, Carlos y CISNEROS, Andrés (Dirs.) *Historia general de las Relaciones Exteriores de la República Argentina*, Grupo Editores Latinoamericanos - Cari, Buenos Aires, 2000.
- GAILLARD, Emmanuel, *La Jurisprudence du CIRDI*, Pedone, París, 2004.
- GARCÍA DE QUEVEDO RUIZ, José, "Implicaciones del Tratado De Lisboa sobre la Política Comercial Comunitaria" en *ICE - Revista de Economía*, nº 851, 2009.
- GOLDSTEIN, Judith; KAHLER, Miles; KEOHANE, Robert O. y SLAUGHTER Anne-Marie, "Introduction: Legalization and World Politics" en GOLDSTEIN, Judith, KAHLER, Miles, KEOHANE, Robert O. Keohane y SLAUGHTER Anne-Marie *Legalization and world politics International Organization Special Issues*, The MIT Press, Cambridge, 2001.
- GRINÓ, Miquel, "Arbitraje internacional de inversiones. Concepto y evolución. Una breve introducción al tema", trabajo presentado en la *Jornada sobre Arbitraje Internacional*, Facultad de Derecho de ESADE, Barcelona, 27 de abril de 2007, disponible el 21 de marzo de 2012 http://www2.esade.edu/pfw_files/cma/Cursos_Seminarios/Ponencia%20Miquel%20Grinyo_arbitraje.pdf.
- HAMILTON, Calvin y ROCHWERGER, "Trade and Investment: Foreign Direct Investment Through Bilateral and Multilateral Treaties", en *New York International Law Review*, vol. 18, nº 1, 2005.
- HOPKINS, Anthony, "Property Rights and Empire Building: Britain's Annexation of Lagos, 1861" en *The Journal of Economic History*, vol. 40, nº 4, Nueva York, 1980.

- KRASNER, Stephen, *Conflicto estructural. El Tercer Mundo contra el liberalismo global*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1989.
- KRASNER, Stephen, *Soberanía: Hipocresía organizada*, Paidós, Barcelona, 2001.
- KURTZ, Jürgen, "A General Investment Agreement in the WTO? Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment," en *Jean Monnet Working Paper 6/02, The Jean Monnet Program*, New York University, School of Law, Nueva York, 2002, disponible el 12 de mayo de 2012 en: <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/02/020601.pdf>.
- LEAL-ARCAS, Rafael, "The Multilateralization of International Investment Law" en *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 35, Chapel Hill, 2009.
- LIPSON, Charles, *Standing Guard. Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, University of California Press, Berkeley, 1985.
- McLACHLAN, Campbell; SHORE, Laurence Shore y WEINIGER, Matthew, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Nueva York, 2007.
- NEWCOMBE, Andrew P. y PARADELL, Lluís, *Law and Practice of Investment. Treaties Standards of Treatment*, Kluwer Law International, La Haya, 2009.
- OMC, *Conferencia Ministerial, Singapur - Declaración Ministerial de Singapur* - Adoptada el 13 de diciembre de 1996 (WT/MIN(96)/DEC), 1996.
- OMC, *Conferencia Ministerial, Doha - Declaración ministerial de Doha*, adoptada el 14 de noviembre de 2001 (WT/MIN(01)/DEC/1), 2001.
- OMC, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Relación entre Comercio e Inversiones al Consejo General (WT/WGTI/2)*, 1998.
- OMC, *Grupo de Trabajo sobre la Relación entre Comercio e Inversiones, Informe de la reunión celebrada el 31 de octubre de 2000*, (WT/WGTI/M/12), 2000.
- OMC, *Programa de Trabajo de Doha. Decisión del Consejo General (WT/L/579)*, Ginebra, OMC, 2004.
- RAGHAVAN, Chakravarthi, "El Norte impulsa negociaciones sobre inversión en la OMC" en *Tercer Mundo Económico*, 1998, disponible el 25 de junio de 2012 en: <http://www.tercermundoeconomico.org.uy/TME-112/tendencias01.htm>.
- RENOUVIN, Pierre, *Historia de las Relaciones Internacionales. Siglos XIX y XX*, Akal, Madrid, 1998.
- SACALUSE, Jeswald, "BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries" en BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James y REISMAN, Michael W., *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, La Haya, 1990.
- SAUVANT, Karl, "The Rise of International Investment, International Agreements and Investment Disputes" en SAUVANT, K. (Ed.) *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, Nueva York, 2008.
- SILVA, Verónica, *El camino hacia las nuevas negociaciones comerciales en la OMC (Post Doha)* en CEPAL-División de Comercio Internacional e Integración, CEPAL, Santiago de Chile, 2001.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- SPERO, Joan y HART, Jeffrey, *The Politics of International Economic Relations*, Thomson – Wadsworth, Belmont, 2003.
- STANLEY, Leonardo, "Natural Resources & Foreign Investors: A tale of three Andean countries" en *Working Group Discussion Paper DP16, Working Group on Development and Environment in the Americas*, Tufts University, Medford, 2008,

disponible el 2 de septiembre de 2012 en: <http://ase.tufts.edu/gdae/Pubs/rp/DP16StanleyApr08.pdf>.

- TAMBURINI, Francesco, "Historia y destino de la "Doctrina Calvo": ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?" en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, nº 24, Valparaíso, 2002.
- TSCHOFEN, Franziska, "Multilateral Approaches to the Treatment of Foreign Investment" en *ICSID Review*, 1992.
- UNCTE - UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND EMPLOYMENT, *Second Committee: Economic Development, Article 12 – International Investment for Economic Development, Summary record of the eleventh meeting*, (E/CONF.2/C.2/SR.11) 23 December 1947.
- UNCTE, *Second Committee: Economic Development, Draft Charter, Mexico: Proposed Amendments*, (E/CONF.2/C.2/6/ADD.14), 6 de diciembre de 1947.
- UNCTE, *Second Committee: Economic Development, Article 12 – International Investment for Economic Development, Informal Analysis of Amendments Prepared by Secretariat*, (E/CONF.2/C.2/B/W.1), 1 de enero de 1948.
- VAN HARTEN, Gus, "A Return to the Gay Nineties? The Political Economy of Investment Arbitration", Trabajo presentado para la Conferencia *Responding to Globalisation in the Americas: The Political Economy of Hemispheric Integration*, Londres, Reino Unido, 1-2 de junio de 2006, disponible el 12 de junio de 2011 en <<http://www.lse.ac.uk/collections/DESTIN/pdf/GlobalisationAmericasConference/Van%20Harten.pdf>>.
- VANDEVELDE, Kenneth, "The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty" en *The American Journal of International Law*, vol. 92, nº 4, Washington, 1998.
- VANDEVELDE, Kenneth, "A Brief History of International Investments Agreements" en *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*, vol. 12, nº 1, 2005.
- VIVES CHILLIDA, Julio A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- VON MOLTKE, Konrad, *An international investment regime?*, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, Canadá, 2000, acceso 13 de junio de 2012, disponible en <<http://www.iisd.org/pdf/investment.pdf>>.
- WILKINS, Mira, "Multinational Oil Companies in South America in the 1920s: Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Ecuador, and Peru" en *Business History Review*, nº 48, 1974.

R E L A C I O N E S I N T E R N A C I O N A L E S



Revista académica cuatrimestral de publicación electrónica
Grupo de Estudios de Relaciones Internacionales (GERI)
Universidad Autónoma de Madrid, España
www.relacionesinternacionales.info
ISSN 1699 - 3950