

MANUEL MONTEAGUDO VALDEZ\*

*Evolución del Derecho Internacional Económico en  
América Latina: ¿la liberalización es solo económica?\*\*\**

Hoy en día el Derecho internacional experimenta una dramática transformación. El Estado nacional *ya no está solo*, pues lo acompañan sujetos que han adquirido vida propia como las organizaciones internacionales, o a quienes se les entendía completamente subordinados a la jurisdicción interna (el individuo y la empresa multinacional). Esta nueva pluralidad también ha modificado la producción y ejecución de normas internacionales que, bajo diversas y *novedosas* manifestaciones, ingresan progresivamente a terrenos domésticos (normas comunitarias, recomendaciones de organizaciones económicas internacionales, laudos arbitrales y fallos de cortes de derechos humanos). Pero tales transformaciones no pueden explicarse sin considerar el sentido jurídico-político de la liberalización económica y el creciente reconocimiento y consolidación del Derecho internacional de los Derechos Humanos.

América Latina *a su manera* también vive tiempos de *revolución* jurídica. El Derecho Internacional ha ingresado a terrenos domésticos, a través del *soft law* de organizaciones económicas internacionales (FMI o Banco Mundial), permitiendo en algunos países reformas trascendentales en la administración de las finanzas públicas y los sistemas monetarios y reconociendo el ingreso de los particulares en las controversias internacionales en materia de tratamiento a la inversión extranjera. Además la liberalización económica ha coincidido con el fortalecimiento del sistema interamericano de Derechos Humanos, recolocando al individuo en el centro de sus preocupaciones. De este modo, diversos instrumentos legales económicos, todavía bajo una contextura fragmentada y diversificada (lejos de una *comunidad de derecho*), se remiten a principios de no discriminación, tratamiento justo y equitativo, respeto de derechos humanos, transparencia fiscal y financiera, estabilidad monetaria o independencia del Banco Central; elementos todos perfectamente compatibles entre sí. A la luz de la experiencia europea, ¿no será posible

---

\* Doctor en Derecho de la Universidad de París I, Panthéon – Sorbonne, LL.M. de la Universidad de Houston, Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú –PUCP–. Profesor ordinario de la PUCP de Derecho Internacional Económico y Gerente Jurídico del Banco Central de Reserva del Perú. El presente artículo representa únicamente la opinión del autor.

\*\* El autor expresa su reconocimiento a ERIKA TUESTA, FRANCIS CHÁVEZ y KENNY PÉREZ, alumnos del curso Introducción al Derecho Internacional Económico de la PUCP (2010, II), por su asistencia en la investigación inicial.

imaginar una nueva evolución del Derecho internacional económico de la región que sintetice genuinamente la protección de los derechos humanos y las libertades económicas?

*Palabras clave.* Evolución Derecho Internacional, Derecho europeo, Derechos Humanos, inversión extranjera, globalización, liberalismo, América Latina.

#### ABSTRACT

Today international law faces a dramatic transformation. The national State is not alone anymore; it acts with other subjects that have acquired living autonomy such as international organizations or subjects traditionally considered part of domestic jurisdiction (the individual and the multinational investor). This new diversity has also modified the production and enforcement of international rules that, with different and new expressions, have entered into domestic affairs (community regulations, recommendations from international economic organizations, arbitral awards and resolutions of human right courts). But this transformation cannot be explained without taking into account the legal and political sense of economic liberalization and the consolidation of international human rights law.

Latin America also lives *in its way* times of legal revolution. International law has entered into domestic affairs through the enforcement of soft law of international economic organizations (the IMF or the World Bank), producing—in some countries—significant reforms in public finance, monetary law and the recognition of international arbitration mechanisms to settle investment disputes. Additionally, economic liberalization has developed in parallel to the reinforcement of the inter American human right system, placing individuals at the center of its goals. In this context, many economic legal instruments even fragmented and diversified (far from being a *community of law*), refer to non discriminatory principles, equitable and fair treatment, the respect to human rights, fiscal and financial transparency, monetary stability or central banks' independence. All of these principles are quite compatible and consistent. Considering the European experience, is it not possible to imagine a new evolution of international economic law of the region, conciliating human right protection with economic freedom?

**Keywords.** International Law, European Law, Human Rights, foreign investment, globalization, liberalism, Latin America

**SUMARIO.** Introducción. I. Un Derecho internacional que se transforma: el signo del siglo XX. A. El Estado nacional *ya no estará solo* en el sistema internacional. 1. El protagonismo de las organizaciones internacionales. a. Un ejemplo ilustrativo: el protagonismo del FMI. 2. Los particulares en la escena internacional. 3. El paradigma europeo de integración. a. Transformación y no desaparición del Estado. B. Cambio de escenario: renacimiento al liberalismo económico y la búsqueda de legitimidad. 1. Liberalismo económico y globalización. a. El proyecto de liberalización del comercio nació a finales de la Segunda Guerra Mundial. b. La revitalización del proyecto luego de las crisis globales. 2. En busca de la legitimidad. a. Sentido *político* del Derecho internacional. b. El sentido político del libre comercio. c. *Humanización* del Derecho internacional y el poder público como garante de la estabilidad. II. América Latina también vive, *a su manera*, los tiempos de transformación del Derecho internacional. A. El *soft law* y la estabilización macroeconómica. 1. La transparencia fiscal. 2. La independencia del Banco Central. 3. La internacionalización de la inversión extranjera: en búsqueda de principios. 4. Inspiraciones posibles desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Conclusión.

## INTRODUCCIÓN

Luego de la crisis de la deuda externa de los años 80 América Latina ha experimentado una transformación económica sin precedentes, hasta convertirse en una de las regiones que –en promedio– se ha mostrado menos vulnerable a los riesgos de contagio financiero internacional<sup>1</sup>, en parte gracias a la implementación de políticas macroeconómicas estables<sup>2</sup> y con una extraordinaria

1 “El crecimiento acelerado y sostenido del producto durante gran parte de la década de 2000 estuvo acompañado por grandes mejoras de las condiciones sociales. Además, la región afianzó sus fundamentos económicos y su capacidad de resistencia a los shocks; gracias a ello, el impacto de la crisis mundial reciente fue en la mayoría de los casos menos fuerte y de mas corta duración en comparación con la devastación económica sufrida en otros episodios de turbulencia internacional”: NICOLÁS EYZAGUIRRE. “Sustentar la transformación de América latina”, *Finanzas & Desarrollo*, marzo de 2011, FMI, p. 9.

2 JEFF DAYTON-JOHNSON. “Perspectivas económicas de América Latina 2011”, Centro de Desar-

capacidad de inserción en el comercio y la inversión internacional<sup>3</sup>. Lejos de proponérselo seriamente, la región no ha desarrollado este proceso dentro de un programa de convergencia macroeconómica propio de una integración como la Unión Europea. Por el contrario, la América Latina *liberal* descansa en un sistema diversificado y eventualmente fragmentado<sup>4</sup>, que combina en un gran número de países, políticas internas producto de programas de estabilización y reforma institucional promovidos por organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional –FMI– y el Banco Mundial, tratados bilaterales que fomentan el libre comercio y la promoción de inversiones y algunos esfuerzos de integración subregional como la Comunidad Andina –CAN–, el Mercado Común del Sur (Mercosur), el Sistema de Integración Centroamericana –SICA– y otros intentos de mayor envergadura, como la Unión de Naciones Sudamericanas –UNASUR–, que aún descansan en una etapa embrionaria o intermedia. ¿Esta primacía de lo económico sobre una contextura jurídica o institucional coherente, es el triunfo de la economía sobre el Derecho o la banalización de la primera sobre el segundo?

No cabe duda que la debilidad institucional de las democracias latinoamericanas explica en parte las limitaciones para desarrollar definitivamente un proyecto de integración regional<sup>5</sup>. Pero si observamos con mayor detenimiento las diversas expresiones del Derecho Internacional Económico en la Región, en el contexto de la evolución general del Derecho Internacional, constataremos que si bien no asistimos a un proceso de construcción jurídica coherente con mecanismos de supervisión (*comunidad de derecho*), tampoco hacemos frente a un movimiento desenfrenado completamente ajeno a valores y aspiraciones políticas y jurídicas. La liberalización económica en América latina ha coincidido con el fortalecimiento del sistema interamericano de Derechos Humanos y esto debe necesariamente tener algún sentido. Además, una gran parte de los instrumentos legales económicos (internacionales y

---

rollo de la OCDE, p. 16, disponible en [[http://www.latameconomy.org/fileadmin/uploads/laeo/Documents/E-book\\_LEo2011-SP\\_entier.pdf](http://www.latameconomy.org/fileadmin/uploads/laeo/Documents/E-book_LEo2011-SP_entier.pdf)].

3 Los acuerdos comerciales de los países de América Latina, entre sí y con el resto del mundo, que al 2008 ascendían a 412, se habrían duplicado al 2010. Cfr. *Perspectiva* 20, p. 75 (acuerdos comerciales en América Latina. Edición Noviembre 2009), disponible en [<http://www.revista-perspectiva.com/detalle.php?Revista=22&Articulo=30173>].

4 MANUEL MONTEAGUDO. “Construcción europea y liberalización económica en América Latina: desafíos comunes en la evolución del Derecho internacional económico”, *Cuadernos europeos de Deusto*, n.º 43, España, 2010, p. 94.

5 *Ibíd.*, p. 106.

domésticos) se remite a principios de no discriminación, tratamiento justo y equitativo, respeto de derechos humanos, transparencia fiscal y financiera, estabilidad monetaria o independencia del Banco Central; elementos todos perfectamente compatibles entre sí<sup>6</sup>.

Pareciera existir una *antropología* que acompaña —pacífica o conflictivamente— a los procesos económicos y jurídicos en la era de la liberalización o integración de América Latina al comercio mundial. ¿A la luz de la evolución general del Derecho internacional no sería posible imaginar que algunos de estos principios consensuados y que mal que bien operan a nivel doméstico, se trasladen orgánicamente a una genuina forma de supremacía regional? Esta operación podría facilitar los esfuerzos integradores, la estabilidad macroeconómica en el largo plazo y la acción regional en materias complejas como la inconsistencia en la jurisprudencia de los tribunales arbitrales sobre tratamiento de la inversión extranjera.

La idea de integrar los procesos económicos a los jurídico-políticos no es del todo novedosa pues la propia Unión Europea, a pesar de la tradición humanista que ha forjado su historia y pensamiento, empezó formalmente como un proyecto puramente económico orientado al crecimiento y la liberalización. Basta revisar la primera versión del Tratado de Roma de 1958 que en su artículo 2.º refiere como misión la de “promover, mediante el establecimiento de un Mercado Común y la progresiva aproximación de las políticas económicas [...] un desarrollo armonioso de las actividades económicas...”. Este enunciado *economicista* difiere del artículo 6.º del Tratado de Lisboa del año 2009 (Tratado de la Unión Europea), que en su artículo 2.º refiere mas bien a una integración política fundada en los principios de libertad, democracia, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y el estado de derecho, colocando a la persona humana como el centro de sus objetivos y aspiraciones<sup>7</sup>. Y justamente esta evolución del

---

6 PETERSMANN precisa justamente que en el contexto de la evolución de un Derecho internacional basado en reglas antes que en relaciones de poder interestatal, la liberalización va mas allá de lo económico, pues el comercio libre y la integración de los mercados, como la democracia, se focaliza en maximizar el bienestar de los consumidores garantizando la libertad, la no discriminación y el Estado de derecho. ERNST-ULRICH PETERSMANN. *Dispute Settlement in International Economic Law*, JIEL, 1999, pp. 230 y 231.

7 El texto del artículo 2.º del TUE es el siguiente: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos

Derecho comunitario europeo se desarrolló en paralelo con la del sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos (de mayor amplitud geográfica), que solo con el tiempo encuentra una síntesis<sup>8</sup>.

El profesor THOMAS COTTIER, en su ponencia del año 2009 sobre los retos del Derecho Internacional Económico a raíz de la crisis financiera internacional<sup>9</sup>, se pregunta si las ciencias jurídicas y en particular el Derecho internacional están preparados para afrontar la complejidad que encierra la globalización económica y nos invita a hacerle frente, recordándonos el instrumental intelectual de los juristas: un enfoque que combina el análisis casuístico, la habilidad para abordar excepciones y desviaciones, la relevancia de los valores y la justicia, la relevancia de la experiencia humana y la psicología, y una cierta especialización en el diseño institucional basado en el debido proceso, la equidad y transparencia<sup>10</sup>.

Sumándonos a la invitación del profesor COTTIER nos proponemos aprovechar la extraordinaria oportunidad de esta Conferencia para esbozar algunas reflexiones sobre lo que viene ocurriéndole al propio Derecho Internacional general luego de los acuerdos de Bretton Woods (1944), a través de un prisma jurídico y otro meta jurídico. Para el primer caso hemos seleccionado como tópicos ilustrativos, la implicancia de la aparición de nuevos sujetos en la escena internacional y el progresivo direccionamiento del Derecho Internacional hacia dominios *intraestatales* y para el segundo, el sentido *político* de la liberalización económica revitalizada desde fines del siglo XX (Primera Parte).

Este análisis nos permitirá comprender cómo es que América Latina una vez más, experimenta *a su manera*, los tiempos de *revolución* jurídica y económica global. En esta Región, el Derecho Internacional también ha ingresado a terrenos domésticos, a través de mecanismos novedosos como el *soft law* de organizaciones económicas internacionales como el FMI, permitiendo en algunos países reformas trascendentales en la administración de las finanzas públicas y los sistemas monetarios y reconociendo el ingreso de

---

valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

8 G. DE BÚRCA y O. GERSTENBERG. “The Denationalization of Constitutional Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 47, 1, Winter 2006, pp. 243 a 255.

9 THOMAS COTTIER. “Challenges Ahead in International Economic Law”, *Journal of International Economic Law*, vol. 12, n.º 1. Oxford University Press, 2009, pp. 3 a 15.

10 *Ibíd.*, p. 12.

los particulares en las controversias internacionales en las áreas de inversión extranjera y la protección y promoción de los derechos humanos (Segunda Parte). En esta oportunidad hemos querido llamar la atención sobre estos procesos peculiares, sin dejar de reconocer que existen otras manifestaciones de la evolución del Derecho internacional económico en América Latina, como son los procesos de integración regional o subregional, que ofrecen experiencias aisladas de supranacionalidad. Por ejemplo, el sistema de justicia de la Comunidad Andina o la aplicación directa de las decisiones de los órganos ejecutivos de ésta, todo lo cual merece un estudio específico<sup>11</sup>.

## I. UN DERECHO INTERNACIONAL QUE SE TRANSFORMA: EL SIGNO DEL SIGLO XX

La pacificación económica después de la Segunda Guerra Mundial ha sido caracterizada como una forma de *desarme económico*<sup>12</sup>, consagrada en los acuerdos Bretton Woods y para el restablecimiento del libre comercio organizado de inspiración multilateral<sup>13</sup>. Esta nueva realidad va a desencadenar una evolución en el plano estrictamente jurídico, con el advenimiento de nuevos sujetos de Derecho internacional y una diversificación de fuentes y modos de aplicarse (A). Tal evolución será constantemente retroalimentada por una *fenomenología* meta-jurídica proveniente de fenómenos como la profundización del liberalismo económico, el creciente reconocimiento de la universalidad de los Derechos Humanos y las demandas de legitimidad política a los diferentes mecanismos por los que transita la globalización (B).

---

<sup>11</sup> Desde 1987 el Tribunal Andino de Justicia ha confirmado el carácter obligatorio del derecho originario y el derivado (salvo las recomendaciones del Parlamento Andino). Cfr. "La jurisprudence des tribunaux des organisations d'intégration latino-américaines", PATRICK DAILLIER, MYRIAM BENLOLO-CARABOT, NADINE SUSANI y ANNE-LAURE VAURS-CHAUMETTE (coords.), *Chronique n.º 1, Les ordres juridiques des organisations d'intégration latino-américaines Aspects institutionnels, Annuaire Français de droit international*, LI, 2005, Paris, CNRS Éditions, p. 657 y 658.

<sup>12</sup> Cfr. MICHEL AGLIETTA y JEAN CARTELLIER. "Ordre monétaire des économies de marché", en MICHEL AGLIETTA y ANDRÉ ORLÉAN. *La Monnaie Souverain* (O. JACOB), pp. 150 a 152.

<sup>13</sup> D. CARREAU, P. JULLARD y T. FLORY. *Droit International Économique*, 3.ª ed., Paris, LGDJ, 1990, p. 83.

## A. EL ESTADO NACIONAL YA NO ESTARÁ SOLO EN EL SISTEMA INTERNACIONAL

El Derecho internacional nace con la afirmación del Estado nacional como un pretendido proceso de centralización del poder (en oposición al desmembramiento propio del feudalismo) y *renace* en la post modernidad con una nueva forma de descentralización, donde el Estado convive con una diversidad de sujetos: las Organizaciones Internacionales, la Empresa Multinacional, el propio individuo y las Organizaciones No gubernamentales —ONG—. Lo interesante es que este cambio no será únicamente subjetivo, pues también remodelará las relaciones jurídicas y hasta los mecanismos de creación de derecho, pues sea por la acción de las organizaciones internacionales universales, los *novísimos* diferendos internacionales entre Estados y particulares (por inversiones o Derechos Humanos), o la supremacía de normas comunitarias en los procesos de integración, el Derecho internacional se irá volviendo cada vez más *doméstico*<sup>14</sup>.

A partir del siglo XVI, de los escombros de un sueño universalista propio del Medioevo, se construye una sociedad internacional compuesta por Estados nacionales bajo la égida del principio de soberanía<sup>15</sup>, que los padres del Derecho internacional y las sucesivas generaciones de doctrinarios tratarán de explicar. El Derecho internacional desde la paz de Westfalia<sup>16</sup> ha sido hasta el siglo XX un Derecho *intergentium* o más bien, un Derecho entre Estados nacionales (interestatal). Toda contingencia en el terreno del Derecho internacional *público*, debía pasar necesariamente por la mediación del Estado

14 Término empleado por SLAUGHTER y BURKE en A. M. SLAUGHTER y WILLIAM BURKE-WHITE. "The future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law)", *Harvard International Law Journal*, vol. 47, 2006, p. 2 .

15 HENRI LEGOHÉREL. *Histoire du droit international public*, Paris, PUF, 1996, p. 9.

16 La paz de Westfalia (1648) constituyó la consagración de un nuevo orden inter-estatal (fin de la Guerra de los Treinta Años: Alemania y Francia-Suecia y aliados), la primera experiencia *multilateral*: se considera la carta constitucional de Europa porque consagró el fracaso del emperador y el Papa y, al mismo tiempo, legalizó formalmente el nacimiento de los nuevos Estados soberanos; el imperio alemán fue liquidado en diferentes Estados; la Confederación Helvética y los países bajos fueron reconocidos como Estados independientes; la soberanía y la igualdad de los Estados fueron reconocidas como principios fundamentales de las relaciones internacionales. Para la resolución de conflictos se previó un procedimiento consagrado en los tratados. HENRI LEGOHÉREL. *Histoire du droit international public*, cit., pp. 41 a 43.

nacional sin ser posible que las reglas y principios internacionales traspasen las fronteras directamente y en beneficio de sujetos distintos a los Estados.

Un cambio se opera, con mayor dramatismo después de la Segunda Guerra Mundial, con la aparición de nuevos *rivales* del Estado nacional que ya no serán simplemente otros *pares* (otros Estados), sino nuevos sujetos con características propias. Así, el Estado nacional competirá en primer término con las organizaciones internacionales —obra de su propia creación— que progresivamente asumirán un protagonismo en las relaciones económicas internacionales.

## I. EL PROTAGONISMO DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Las organizaciones internacionales existen por efecto de un tratado internacional (es decir un acuerdo entre Estados) y sus competencias están definidas y limitadas por ese acto constitutivo, aun cuando la doctrina y la jurisprudencia les reconocen también competencias implícitas debido a que son inherentes a su finalidad y *función* (competencias implícitas propias del *efecto útil*)<sup>17</sup>. *A priori*, la presencia de las organizaciones internacionales no debía ser un cambio muy relevante en la lógica interestatal. Por ejemplo, en el seno del órgano judicial *principal* del sistema de Naciones Unidas<sup>18</sup>, que es la Corte Internacional de Justicia —CIJ—, solo se entienden los Estados<sup>19</sup>, y las organizaciones internacionales no actúan como partes en conflicto. Aunque los redactores del Estatuto de la CIJ no desdeñaron la importancia que obtendrían más tarde las organizaciones internacionales al permitirles remitir información a la Corte mientras se ventilan casos vinculados a ellas y, sobre todo, referidos a la interpretación de los tratados que les dieron origen<sup>20</sup>.

17 C. ROSSEAU. *Droit International Public. 2, Les sujets de droit*, Paris, Sirey, 1974, pp. 470 y 471.

18 Artículo 92 de la Carta de Naciones Unidas.

19 Artículo 34 del Estatuto de la CIJ.

20 El texto completo del Artículo 34 de la CIJ establece:

“1. Sólo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte.

2. Sujeta a su propio Reglamento y de conformidad con el mismo, la Corte podrá solicitar de organizaciones internacionales públicas información relativa a casos que se litiguen ante la Corte, y recibirá la información que dichas organizaciones envíen a iniciativa propia.

3. Cuando en un caso que se litigue ante la Corte se discuta la interpretación del instrumento constitutivo de una organización internacional pública, o de una convención internacional con-

La palabra clave para entender el cambio de escenario es la *función* o el *funcionalismo* de las organizaciones internacionales del Sistema Bretton Woods pues, como lo explica el profesor STEVE ZAMORA, bajo este sistema las negociaciones interestatales son reemplazadas por la acción tecnocrática de organizaciones internacionales, que con una independencia de la organización central de Naciones Unidas combinan instrumentos operativos (financiamiento) y acciones cuasi normativas, a través de recomendaciones, códigos de conducta o visitas técnicas que a la postre son capaces de generar normas de conducta, o eventualmente reglas de Derecho internacional económico y masivos procesos de armonización legislativa doméstica<sup>21</sup>. Un antecedente de este tipo de organizaciones tecnocráticas ya lo encontramos al interior de los órdenes jurídicos nacionales, con el surgimiento de las agencias (*agencies*) del Estado durante los años del *Great Deal* del presidente ROOSEVELT que se irán multiplicando en todos los países. El Estado crea entidades desmembradas del poder central para cumplir una función reguladora con criterios principalmente técnicos y en funciones tan variadas como las telecomunicaciones, la recolección de impuestos y las actividades financieras, generando en más de una oportunidad cuestionamientos respecto de su legitimidad política<sup>22</sup>. Estas desmembraciones, con el tiempo, irán constituyéndose en verdaderos órganos del poder al punto de reclamar y finalmente consagrar su autonomía, como es hoy en día el caso de los bancos centrales independientes<sup>23</sup>.

---

certada en virtud del mismo, el Secretario lo comunicará a la respectiva organización internacional pública y le enviará copias de todo el expediente”.

- 21 STEVE ZAMORA. “Economic relations and development”, en O. SCHACHTER y C. JOYNER. *United Nations legal order*, New York, Cambridge University Press, 1995, pp. 504 a 506, y 510.
- 22 “In the United States during the 1930s when President Roosevelt’s New Deal caused the emergence of hundreds of independent agencies and commissions led by technocrats which were not placed under the control of Congress. In the words of the US Committee on Administrative Procedures, these agencies were ‘in reality miniature governments set up to deal with the railroad problem, the banking problem, or the radio problem; They constitute a headless ‘fourth branch’ of the government [...] They do violate the basis theory of the American Constitution that there should be three branches of the government and only three”: C. ZILIOLI y M. SELMAYR. “The European central bank: an independent specialized organization of Community law”, *CML Rev.*, vol. 37, n.º 3, junio de 2000, pp. 640 y 641.
- 23 La diseminación de bancos centrales independientes, como parte de un proceso de armonización promovido por el soft law de las organizaciones económicas internacionales la abordamos en la sección II. A.

Regresando al plano internacional, hoy no cabe duda alguna del protagonismo de las organizaciones económicas internacionales de vocación universal, como el FMI, el Banco Mundial, la Organización Mundial de Comercio —OMC—, e incluso el de aquellas que sin tener una finalidad universal sino regional o especializada, influyen en la generación de normas económicas internacionales más allá de sus fronteras, como el Banco Central Europeo —BCE— o el Bank for International Settlements —BIS—. Estas instituciones “formales” como indican Garicano y Lastra han promovido numerosos foros internacionales como el Financial Stability Board —FSB— o el Comité de Basilea sobre Supervisión Bancaria y participado activamente en los diversos Grupos de países (G-7, G-10 o G-20)<sup>24</sup>.

#### a. UN EJEMPLO ILUSTRATIVO: EL PROTAGONISMO DEL FMI

El ejemplo del FMI puede resultar muy ilustrativo si vemos cómo su poder de influencia *jurídica* y operativa se ha diversificado en el tiempo y en diferentes direcciones. La condicionalidad del acceso a los recursos del FMI, a través de los acuerdos *stand-by* y las *cartas de intención* (en tanto que compromisos de política macroeconómica) de países con problemas de balanza de pagos, le ha permitido a esta institución uniformizar programas de estabilización y reformas económicas durante la crisis de la deuda externa de los años 80 en países del tercer mundo, durante la transición de economías socialistas a economías de libre mercado en los países de Europa del Este y en los países asiáticos a fines de los años 90 a raíz de la crisis financiera<sup>25</sup>.

Normalmente cuando se inician las negociaciones, una misión del FMI es enviada al país solicitante para obtener información y discutir los compromisos de política económica. El resultado de estas negociaciones queda plasmado en la *Carta de intención* al Director Ejecutivo, suscrita por el Ministro de Finanzas y/o el presidente del Banco Central<sup>26</sup>. Decimos que en la práctica el poder de influencia es jurídico y operativo, porque como resultado

24 LUIS GARICANO y ROSA M. LASTRA. “Towards a New Architecture for Financial Stability: Seven Principles”, *Journal of International Economic Law*, 13 (3), 2010, p. 619.

25 Cfr. ROSA M. LASTRA. “IMF conditionality”, *Journal of International Banking Regulation*, vol. 4, n.º 2, diciembre de 2002, Londres, Henry Stewart Publications, p. 169

26 Cfr. A. F. LOWENFELD. *International Economic Law*, Oxford, 2003, p. 517.

de los compromisos de política macroeconómica los países que acceden a los recursos del FMI deben aprobar normas internas (leyes y reglamentos) que convaliden o sirvan de marco para los programas de ajuste económico.

El FMI, por lo demás, no siempre ha concentrado su poder de influencia en las economías del tercer mundo. Por ejemplo, en 1952 Bélgica suscribió un acuerdo *stand by*<sup>27</sup> y la actual crisis financiera internacional ha significado un renacimiento de la función de asistencia financiera del FMI, nuevamente hacia países Europeos (como Grecia y Polonia), luego de un interregno en que la deuda de los países latinoamericanos con el FMI se redujo a su mínima expresión debido a los prepagos de Brasil y Argentina<sup>28</sup>. Por otro lado, la crisis financiera internacional también ha servido para reubicar al FMI en el centro del sistema monetario y financiero internacional, como quedó expuesto en la Cumbre del G-20 en Londres en abril de 2009, al acordarse un incremento sustancial de recursos a este organismo internacional y su mayor vinculación y cooperación con las organizaciones como el Banco Mundial, la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo –OECD– y el FSB, entre otros<sup>29</sup>.

Justamente, entre los instrumentos operativos novedosos del FMI, en el contexto de las medidas adoptadas a raíz de la crisis financiera internacional, para *ingresar* al terreno de las políticas macroeconómicas internas de países del primer mundo, se encuentra la supervisión multilateral de aquellas economías domésticas que resulten *sistémicamente* importantes para la economía global. Es decir, ya no se tratará únicamente de una supervisión del cumplimiento del código de conducta monetario clásico del FMI por cada país, sino también de cómo la evolución económica y financiera de un país puede afectar el sistema en su conjunto (enfoque multilateral)<sup>30</sup>.

Quiérase o no, la organización internacional competirá con el Estado nacional en el diseño y discusión de políticas internas reservadas tradicionalmente a su exclusiva competencia. Pero la relación entre los Estados

---

27 Ídem.

28 Cfr. “Argentina, Brazil and the IMF. Kirchner and Lula: different ways to give the Fund the kiss off”, *The economist*, 20 de diciembre de 2005, disponible en [<http://www.economist.com/node/5327790>].

29 Cfr. M. GIOVANOLI. “The International Financial Architecture and its Reform after the Global Crisis”, *International Monetary and Financial Law*, The Global Crisis, pp. 10 y 11.

30 Cfr. International Monetary Fund. “Executive Board Progress Report to the IMFC on the Fund’s Mandate”, 6 de octubre de 2010, p. 4.

nacionales y las organizaciones internacionales no será únicamente de competencia, sino también de complementariedad. Autores como el profesor RAUSTIALA sostienen que la soberanía de los Estados puede verse fortalecida, con la acción de las organizaciones internacionales ante la presión que los grupos económicos nacionales y transnacionales ejercen internamente en la creación de normas, y para que esta presión no se traslade a las organizaciones internacionales, será necesario fortalecerlas y habituarlas a prácticas de mayor transparencia<sup>31</sup>.

## 2. LOS PARTICULARES EN LA ESCENA INTERNACIONAL

El otro grupo importante de competidores del Estado nacional, ya no necesariamente en el terreno del diseño o supervisión de políticas macroeconómicas internas, sino más bien como directas contrapartes en conflictos internacionales apelando a normas de Derecho internacional, será el conformado por los particulares en sus diferentes manifestaciones como empresas multinacionales, ONG y el propio individuo. Aquí el cambio resultará todavía más revolucionario, pues de un Derecho internacional construido entre soberanos y para regular las relaciones entre ellos, ingresamos a un orden jurídico internacional capaz de extender su ámbito y autoridad hacia las relaciones entre los soberanos y sus propios administrados<sup>32</sup>.

Tradicionalmente las pretendidas violaciones del Derecho internacional en perjuicio de inversionistas extranjeros, eran resueltos en diferendos interestatales, de modo que al particular que ejercía la titularidad de la inversión no le quedaba sino esperar que su propio Estado tomara la iniciativa de asumir el reclamo<sup>33</sup>. Hoy en día, con la *internacionalización* del tratamiento de la inversión extranjera y la proliferación de acuerdos bilaterales que contemplan los sistemas arbitrales como el del Convenio sobre Arreglo de Diferencias

31 K. RAUSTIALA. "Rethinking the sovereignty debate in international economic law", *Journal of International Economic Law*, 6 (4), 2003, pp. 844 a 849.

32 SLAUGHTER y BURKE-WHITE son más que claros al señalar que el Derecho internacional ha sido tradicionalmente un Derecho exclusivamente *internacional*, al estar formado por un amplio y separado grupo de normas legales e instituciones que gobiernan por mucho tiempo las relaciones entre los Estados. Sin embargo, más recientemente, el Derecho internacional ha penetrado a la exclusiva zona de los asuntos domésticos en cuanto a las relaciones entre los gobiernos y sus propios ciudadanos: A. M. SLAUGHTER y WILLIAM BURKE-WHITE, *supra* nota 14, pp. 327 a 352.

33 M. MONTEAGUDO, *supra* nota 4, p. 95.

relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados —CIADI—, la empresa multinacional puede obligar a un Estado, sin recurrir a la protección diplomática, a someter a un tribunal arbitral *privado* sus alegaciones sobre violaciones al estándar de Tratamiento Justo y Equitativo.

Igualmente, la capacidad de los particulares de llevar directamente sus alegaciones contra los Estados nacionales a jurisdicciones internacionales y apelando al Derecho internacional, ha tenido un desarrollo sin precedentes en el terreno de los Derechos Humanos. Este desarrollo constituye una de las formas del *federalismo* contemporáneo, como lo apunta ZOLLER pues los individuos están investidos de una capacidad internacional que en cierto sentido los libera de una subordinación absoluta a sus soberanos y mas bien les permite imponerles reglas exteriores que sustituyen o adecuan la normativa doméstica. Se trata ni más ni menos de un *principio de ingerencia* en los asuntos al interior del Estado<sup>34</sup>.

Por esta misma razón el profesor DUPUY señala que la influencia del Derecho internacional de los Derechos Humanos en el Derecho internacional general es muy grande, pues reproduce a nivel internacional una dinámica especial de la relación entre gobiernos y gobernados. A la inversa de lo que ocurre con los conceptos de nacional o extranjero, el *hombre de la Declaración Universal de 1948* y de las convenciones que le sucedieron no le deben nada al Estado sino todo a él mismo (*humanización* del Derecho Internacional), de modo que la soberanía deja de ser un fin en sí mismo para convertirse en un *medio*...<sup>35</sup>.

### 3. EL PARADIGMA EUROPEO DE INTEGRACIÓN

Si el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es una de las expresiones del federalismo, entendido como aplicación de reglas externas (federales) a la relación entre Estados y administrados, tanto más lo es el Derecho comunitario europeo en las diferentes materias de su exclusiva competencia. En tal sentido la Unión Europea también representa una expresión de la evolución general del Derecho internacional hacia los terrenos domésticos,

34 ELISABETH ZOLLER. "Aspects internationaux du droit constitutionnel Contribution à la théorie de la fédération d'États", *RCADI* 294, 2002, 39, p. 118.

35 PIERRE-MARIE DUPUY. "L'Unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public", *RCADI*, 2002, pp. 413 a 416.

pues el Derecho comunitario no es un orden jurídico interno sino internacional, por su naturaleza y origen (sin orden jurídico internacional no existe el Derecho comunitario)<sup>36</sup>.

El Estado nacional surge en Europa como un ejercicio de centralización del poder y ahora este mismo continente ingresa a una nueva evolución y proceso de descentralización hacia las organizaciones supranacionales. Paradójicamente, los propios Estados europeos crean la moneda única *federal* con el tratado de Maastricht cuando su propia legitimidad y capacidad de acción está puesta en cuestión por la liberalización económica mundial.

Comenzamos a sentirnos bien en nuestro Estado-Nación —declaraba el ministro alemán JOSCHKA FISCHER— al momento que el Estado nacional europeo clásico, como lo conocemos y lo amamos —los alemanes también— ya no es suficientemente grande ni suficientemente poderoso para decidir el destino de los pueblos europeos<sup>37</sup>.

Para el Derecho comunitario europeo, como lo ha confirmado el Tribunal de Justicia Europeo, los individuos son directos receptores del Derecho comunitario, de la misma forma que los Estados: los tratados comunitarios tienen como objetivo a los “pueblos y de una manera más concreta, por la creación de los órganos que institucionalizan los derechos soberanos cuyo ejercicio afecta tanto a los Estados miembros como a sus ciudadanos” (Decisión CJCE del 5 de febrero de 1963, Van Gend en Loos). Este principio, junto con el de la primacía del Derecho comunitario (Costa vs. ENEL) no han sido consagrados como una sola regla de jerarquía u organización normativa, sino como expresión de un *nuevo orden legal*, que confiere derechos a los ciudadanos europeos. Los Estados miembros no pueden derogar unilateralmente esos compromisos. Hay pues una suerte de *constitucionalismo* que sobrepasa al clásico Estado nacional europeo.

#### a. TRANSFORMACIÓN Y NO DESAPARICIÓN DEL ESTADO

Lo que está ocurriendo con la transformación del Derecho internacional a raíz de la concurrencia de nuevos actores y su ingreso directo al terreno

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 441

<sup>37</sup> Cfr. M. MONTEAGUDO. *La independencia del Banco Central*, Lima, 2010, p. 468, y referencia a JOSCHKA FISCHER. “Le face à face Chevènement-Fischer”, *Le Monde*, 21 de junio de 2000, p. 15.

doméstico, es en buena cuenta la transformación del propio Estado nacional y el principio de soberanía. La interdependencia económica y política requiere de respuestas globales y acciones conjuntas. Desde la polución transfronteriza hasta los campos de entrenamiento terrorista, desde los movimientos de refugiados a la proliferación de armas, los problemas internacionales tienen raíces domésticas, sobre las cuales el sistema puramente interestatal es muy limitado, nos sugieren SLAUGHTER y BURKE-WHITE y señalan además que por esta razón el terreno primario del Derecho internacional debe cambiar sustancialmente, de la regulación internacional independiente del Estado nacional al directo compromiso de instituciones domésticas<sup>38</sup>.

Y claro, cuando constatamos la eficacia del *soft law*, a través de *recomendaciones* para modificar la legislación financiera de un país del primer o tercer mundo, la ejecución de un fallo arbitral que considera que la denegatoria de una licencia de construcción a un inversionista extranjero constituye una violación al Tratamiento Justo o Equitativo comprometido en un tratado internacional<sup>39</sup>, la obligación derivada de un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de modificar la legislación sobre amnistías a favor de agentes de gobiernos que violaron derechos humanos o el efecto directo de una Directiva Europea en materia de libre competencia, estamos frente a contingencias jurídicas de Derecho internacional que necesariamente requieren ser *completadas* por el orden jurídico interno. Las obligaciones internacionales pueden originarse en diferentes instancias pero requieren una forma de intervención doméstica por parte del Estado nacional, sea el Poder ejecutivo, la autoridad judicial u otra instancia administrativa.

En esta línea de pensamiento, la transformación del Estado Nacional no significa su desaparición ni el fracaso de la eficacia del poder público. Para MICHEL CAMDESSUS, ex Director Ejecutivo del FMI, el principio de subsidiaridad, que la Unión Europea ha reactualizado, debiera ser la piedra angular de la nueva arquitectura mundial. De acuerdo a este principio, en

---

38 SLAUGHTER y BURKE-WHITE, supra nota 14, p. 328.

39 Esta es una de las discusiones fundamentales en el caso Metalclad al considerarse una expropiación indirecta violatoria del Principio de Tratamiento Justo y Equitativo previsto en el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica. *Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos*. CIADI, Caso n.º ARB(AF)/97/1; cfr. en especial párrafos 74 al 101 del Laudo, disponible en [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>].

los ámbitos que no sean de competencia exclusiva de la Unión (o del organismo supranacional que sea el caso), ésta interviene sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados<sup>40</sup>. La idea de CAMDESSUS es entonces que bajo los objetivos de eficacia y descentralización, actúen todos los niveles: las organizaciones universales, regionales y nacionales. Hay sin duda una transformación del Estado que, como poder público, continúa operando en presencia de otros poderes desconcentrados, hacia arriba y hacia abajo. En palabras de un ex gobernador del Banco Central de Francia:

Hemos entrado al final del siglo XX y tal será una de las mayores transformaciones que nos traerá el siglo XXI, dentro de una fase de redistribución de los poderes políticos. Los Estados nacionales que han devenido en impotentes son solicitados en dos direcciones: descentralizar hacia abajo ciertas responsabilidades y hacia arriba, delegar aquellas competencias que no pueden asumir solos<sup>41</sup>.

#### B. CAMBIO DE ESCENARIO: RENACIMIENTO AL LIBERALISMO ECONÓMICO Y LA BÚSQUDA DE LEGITIMIDAD

La transformación del Derecho internacional que hemos comentado en la sección anterior, viene ocurriendo en el contexto *meta-jurídico* de la liberalización y globalización económica y las diversas manifestaciones que reclaman una mayor legitimidad al poder (político o económico, centralizado, descentralizado o federado).

---

<sup>40</sup> “Ce principe offre la clé de la réconciliation des deux objectifs d’efficacité et de décentralisation que l’on oppose trop souvent mais qui doivent se soutenir l’un l’autre, car plus le monde s’unifie plus il doit favoriser l’épanouissement des entités locales. Il faudra donc qu’une nouvelle architecture mondiale s’attache à limiter les nouvelles compétences centrales au minimum indispensable, et à conjuguer l’exercice de la subsidiarité avec celui d’une citoyenneté plus vivante et responsable à tous les niveaux de l’organisation mondiale: du plus décentralisé (nos villes et nos villages) jusqu’à la nation, l’organisation régionale –telle que l’Europe– et le niveau mondial. MICHEL CAMDESSUS. “Organisations internationales et mondialisation”, Conférence prononcée à l’Académie de droit international de la Haye 2 juillet 2002, *RCADI* 294, 2002, pp. 27 y 28

<sup>41</sup> O. DE BERRANGER y J. BOISSONNAT. *L’Évêque et l’économiste*, Paris, 2001, p. 131.

## I. LIBERALISMO ECONÓMICO Y GLOBALIZACIÓN

### a. EL PROYECTO DE LIBERALIZACIÓN DEL COMERCIO NACIÓ A FINALES DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Como ya señalamos, los Acuerdos de Bretton Woods constituyen sin lugar a dudas un proyecto de liberalización económica que lleva más de 50 años, aunque a veces se piensa, erradamente, que la liberalización económica global se inaugura políticamente, recién a partir de la caída del bloque socialista a fines de los años 80. Al revisar los instrumentos internacionales que se crean entonces, constatamos que estos mantienen el objetivo de recrear el proyecto de liberalización multilateral bajo un sistema de normas y compromisos. Así, el Convenio Constitutivo del FMI estableció desde su inicio, como uno de sus principales objetivos, el de *facilitar la expansión y el crecimiento equilibrado del comercio internacional*<sup>42</sup> y el sistema multilateral de paridades fijas fue creado justamente con la finalidad de eliminar las restricciones y controles de cambio por los que la inversión y el comercio internacional se habían visto afectados debido a las *guerras* competitivas y proteccionistas<sup>43</sup>. Y si hay un artículo del Convenio Constitutivo del FMI cuya supervivencia a la conclusión del sistema de las paridades fijas (en los años 70) es claramente consistente con la liberalización mundial del comercio, este es el artículo VIII.2 que establece que “ningún país miembro impondrá, sin la aprobación del Fondo, restricciones a los pagos ni a las transferencias por transacciones internacionales corrientes”.

La idea matriz fue que el sistema monetario internacional debía acompañar al desmantelamiento multilateral de las barreras comerciales propio de las negociaciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio —GATT—, garantizando la convertibilidad de los pagos del comercio internacional. Incluso, en más de una oportunidad y como parte de su vocación liberalizadora, el FMI ha propuesto liberalizar la circulación de capitales entre países y modificar el Tratado Constitutivo, ya que en su artículo IV retiene la capacidad de los miembros de establecer control de capitales<sup>44</sup>. Hoy en día esta propuesta se ha relativizado, con motivo de las

---

42 Artículo 1 (ii) del Convenio constitutivo del FMI.

43 D. DISCOTT. *Qu'est-ce que le Fonds Monétaire International?*, Washington, FMI, 1998, p. 7.

44 Cfr. también F. GIANVITI. “Liberalization of capital movements: a possible role for the IMF”,

recientes crisis financieras internacionales y los riesgos de contagio que estas conllevan, pues a pesar de la tendencia generalizada de consagrar la libre circulación financiera, algunos países emergentes han establecido controles temporales<sup>45</sup>.

Pero más allá de los mecanismos extraordinarios admitidos por el sistema Bretton Woods, este proyecto multilateral reposaba en las reglas esenciales del libre cambio: la cláusula de la nación más favorecida, el trato nacional y la reducción de los obstáculos al comercio, inspirados por la teoría de las *ventajas comparativas*. Los sistemas de preferencias arancelarias en beneficio de los países del tercer mundo y admitidos por el sistema del GATT durante los años 60 y 70, fueron entendidos como mecanismos temporales para compensar la desigualdad entre países<sup>46</sup>.

La percepción ha sido y es en la actualidad que el comercio internacional es beneficioso *para todos* y en última instancia, las ganancias para la sociedad por el comercio son mayores a las pérdidas de aquellos que se ven afectados por las competencias desde el exterior<sup>47</sup>. Según el esquema de costos compartidos propuesto por el economista RICARDO y sus sucesores, cada país tiene interés en especializarse en los productos en los que dispone ventajas comparativas, de modo que, aun muy mal situado en la competencia, siempre existe al menos un espacio en el cual dispone de una ventaja<sup>48</sup>. Sólo la liberalización del comercio permitirá desarrollar este grado de especialización de cada uno de los participantes. El ejemplo clásico (atribuido a ADAM SMITH) es que no tiene sentido fabricar algo en casa, que puedo adquirir más barato en la calle. Por ello, me conviene concentrar mis fuerzas en aquello que me será más rentable hacerlo yo mismo (para venderlo o consumirlo)<sup>49</sup>.

Cuando un país se abre al comercio, el capital y la mano de obra se trasladan hacia las industrias en las que estos se utilizan de manera más eficiente. Las sociedades obtienen un nivel de bienestar económico más alto. Sin embargo, estos efectos solo

---

*Current developments in monetary and financial law*, IMF, vol. 2, 2003.

45 Cfr., por ejemplo, "Policy Responses to Capital Flows in Emerging Markets", IMF Staff Discussion Note, 21 de abril de 2011, p. 36.

46 Cfr. TAXIL. "L'OMC et les pays en développement", Paperback, Montchrestien, 1998.

47 LOWENFELD, supra nota 26, p. 3.

48 Cfr. D. CLERC. "La Mondialisation", *Alternatives Économiques*, 59, 1.º trim. 2004, pp. 12 a 16.

49 "Un padre de familia prudente nunca hace en casa aquello que le costará mas que comprarlo": LOWENFELD, supra Introducción, p. 4.

muestran una cara de la moneda. El comercio también entraña desajustes en las empresas e industrias que no pueden competir<sup>50</sup>.

El beneficio que *para todos* genera el comercio global, será el predicamento del proyecto de Bretton Woods que inspirará los tratados multilaterales.

## b. LA REVITALIZACIÓN DEL PROYECTO LUEGO DE LAS CRISIS GLOBALES

Sin embargo, desde fines de los años 80 se produce a nivel global una suerte de revitalización del proyecto de libre comercio, como reacción a las crisis financieras en el primer mundo (inflaciones y subidas de tasas de interés) y en los países en vías de desarrollo (crisis de la deuda externa), sumado esta vez sí a la caída del bloque socialista. De norte a sur y de este a oeste, las nacionalizaciones y expropiaciones de ayer devienen en privatizaciones y aperturas de mercado, de modo tal que concluida la era de la descolonización y la retórica del *Nuevo Orden Económico Internacional*, la mayoría de países se reclaman abiertos a la inversión extranjera y a la liberalización económica<sup>51</sup>. La construcción europea ingresa a una nueva evolución política y económica (la *Unión Económica y Monetaria*) con la aprobación del Plan Delors y su traducción en el Tratado de Maastricht en 1992 y el año 1995 concluye la Ronda de Uruguay del sistema del GATT, con la inclusión al proyecto de liberalización del comercio de sectores inicialmente excluidos (textiles, productos agrícolas y servicios). Si bien —como diría STOLL— no ingresamos al *fin de la historia*, las relaciones económicas mundiales ingresan definitivamente a un nuevo capítulo<sup>52</sup>.

Ahora bien, en la literatura económica y política subsisten discusiones sobre los retos de la globalización y los problemas que acarrea, pero existe casi unanimidad en cuanto a los beneficios de promover el comercio mundial; todo lo cual se viene traduciendo en la multiplicación de tratados comer-

50 B. McDONALD. "Comercio internacional y política comercial", *Finanzas y desarrollo*, FMI, diciembre de 2009, p. 49.

51 M. MONTEAGUDO. "Apuntes para el entendimiento de la evolución del Derecho Internacional de la Inversión Extranjera: de la emergencia a la liberalización", *Agenda Internacional*, año III, n.º 24, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 198.

52 Cfr. P. T. STOLL. "Le Droit International Économique face aux Défis de la Mondialisation", *Revue Générale de Droit International Public*, 2009

ciales, regionales y bilaterales. ROBERT LUCAS, premio Nobel de economía del año 1995, señala los 60 años siguientes a la Segunda Guerra Mundial constituyen un período sin precedentes en la historia universal en términos de crecimiento de la población y aumento de la producción y la renta per cápita, aunque con niveles de desigualdad entre países, igualmente irrepetibles. Sin embargo, advierte Lucas, el comercio tiene el beneficio de permitir a las pequeñas industrias mejorar en eficiencia y sobre todo alcanzar estándares internacionales; de modo que la única forma de aprender y adquirir tecnología es competir seriamente a nivel internacional<sup>53</sup>. El propio JOSEPH STIGLITZ, crítico del *Consenso de Washington*, en el sentido de que las políticas de liberalización, privatización y estabilización no han dado resultados a nivel de crecimiento, empleo y reducción de desigualdades, sí conviene en que la globalización es una oportunidad en la medida en que la demanda de productos nacionales no está limitada al mercado local, la inversión en un país no está limitada a su ahorro interno y los productores nacionales pueden tener acceso a tecnología avanzada<sup>54</sup>.

## 2. EN BUSCA DE LA LEGITIMIDAD

El proceso de liberalización económica que viene transformando al Derecho Internacional no está ausente de un reclamo de *legitimidad* y que queremos ponerlo de manifiesto en dos búsquedas de sentido político. De un lado, el sentido político natural del Derecho internacional como orden jurídico externo en cuanto a que dispone del *poder* de proteger (mas y mejor) a los individuos, sin tener necesariamente un origen formal y directamente democrático. Y de otro, el sentido político del liberalismo como elemento consubstancial a las libertades económicas. La era de la globalización no es pura economía, como lo evidencia —en el terreno del Derecho internacional— la preeminencia que cada día se reconoce al Derecho internacional de los Derechos Humanos, o la exigencia de una mayor regulación del poder público (nacional, regional o multilateral) de las relaciones financieras internacionales

---

53 ROBERT LUCAS. "The industrial Revolution", *The Region*, The Federal Reserve Bank of Minneapolis, mayo de 2004, pp. 20 y 21.

54 Cfr. JOSEPH STIGLITZ. "Development Policies in a World of Globalization", Seminario, "New International Trends for Economic Development", 50 aniversario del Banco Brasileiro de Desarrollo Económico y Social, setiembre de 2002.

## a. SENTIDO POLÍTICO DEL DERECHO INTERNACIONAL

El Derecho internacional, aún desde el punto de vista clásico, constituye un orden jurídico construido en torno a reglas materiales (principios normativos y no únicamente de reenvío a la aplicación de Derecho doméstico) y cuyas fuentes son convencionales, pero sobre todo no convencionales, si pensamos en la lista completa de fuentes a la que alude el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que refiere además de las primeras:

... la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas y las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho).

Este conjunto de fuentes suponen un ejercicio de descubrimiento y demostración de principios oponibles a todos los sujetos de Derecho internacional, aun cuando la práctica (como es el caso de la costumbre) no sea unánime<sup>55</sup>. Se trata de un sistema jurídico que *avanza* más allá de la unanimidad de las fronteras nacionales. Incluso, en algunos casos, como ocurre con las normas *jus cogens* los Estados están imposibilitados de derogarlas por acciones unilaterales<sup>56</sup>.

Ahora bien, la idea misma de orden internacional o *transnacional*; es decir que trasciende la fenomenología nacional (al Derecho internacional se le ha definido como un Derecho *a-nacional*)<sup>57</sup>, supone una integración de principios que no solamente está revestida de legalidad, sino sobre todo de legitimidad.

---

55 "Une coutume générale est opposable à tous les États, même si aucun précédent de leur part ne peut être prouvé. La Cour l'a d'ailleurs expressément admis, dans l'affaire du plateau continental de la Mer du Nord de 1969": D. CARREAU. *Droit International*, Paris, Pedone, 2007, p. 256.

56 "La norma imperativa de Derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter": Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27, 1969, 1155 U.N.T.S. 331, 27 de enero de 1980, Viena, 23 de mayo de 1969.

57 LÉGOHÉREL, *supra* nota 15, p. 3.

Partiendo de la presunción según la cual legalidad y legitimidad concuerdan, los juristas tienden a emplear un término por el otro [...] Sin embargo, hay dos maneras de cuestionar la conformidad de una acción con las reglas establecidas. Una consiste en decir que aquel que la ha realizado no tenía el título, jurídico u otro, para realizarla. Esta acción es considerada ilegítima. La otra manera consiste en declarar que la acción considerada no ha sido realizada en conformidad con las reglas formalmente prescritas para su realización. Ella es por tanto ilegal<sup>58</sup>.

Quienes ejercemos el Derecho sabemos que el texto de la norma positiva (su contenido literal) no agota su contenido normativo y gran parte del arte del abogado o juez supone encontrar una interpretación que acoja su finalidad y contenido ético. DUPUY justamente concluye su reflexión sobre la inevitable complementariedad entre legalidad y legitimidad citando a LEBEN, “el derecho, incluido el Derecho internacional, deja de ser un puro edificio normativo para ser ‘algo que no es extranjero a la justicia’”<sup>59</sup>.

En este orden de cosas resulta inevitable pensar en el Derecho internacional como una suerte de orden *constitucional*, en la medida en que consagra principios y por tanto garantiza, *desde afuera*, la vigencia de derechos fundamentales (no solamente en materia de derechos humanos sino también en materia económica). Por otra parte, la idea de constitucionalidad, como protección, es propia del pensamiento liberal. Baste tener presente el artículo 16 de la Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano de 1789 según el cual “toda sociedad donde la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes determinada, carece de Constitución”<sup>60</sup>. Como nos lo recuerda PETERSMANN, ya KANT en su obra *La paz perpetua* propuso que para limitar los abusos de poder de los gobiernos y proteger la paz democrática, dentro y fuera, las garantías constitucionales domésticas debían estar *complementadas* con reglas constitucionales basadas en la federación de Estados libres y la integración de un Derecho cosmopolita por la paz de los ciudadanos a lo largo de las fronteras<sup>61</sup>. Pero aun cuando las ideas kantianas sobre la supranacionalidad jurídica se remontan al siglo XVIII, hoy subsisten en la doctrina del Derecho internacional voces *positivistas* que cuestionan la

58 DUPUY, *supra* nota 5, p. 404.

59 *Ibid.*, p. 406.

60 P. ARDANT. *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 11.ª ed., Paris, LGDJ, 1999, p. 45. La constitución no es sino la puesta en realidad del principio de separación de los poderes.

61 PETERSMANN, *supra* nota 6, p. 190.

supremacía del Derecho internacional por su origen no democrático-formal, cuando la norma a aplicar no es el resultado del expreso consentimiento del Estado<sup>62</sup>. La *injerencia* del Derecho internacional en asuntos domésticos, como lo hemos visto en la sección anterior es precisamente una de las características de las mutaciones copernicanas que requerirá el paso del tiempo para su definitiva consolidación.

## b. EL SENTIDO POLÍTICO DEL LIBRE COMERCIO

Encontramos también sentido político de la transformación del Derecho Internacional en la visión amplia del liberalismo, que no disocia lo político de lo económico. El mejor ejemplo histórico es la construcción Europea, cuyos diversos mecanismos ya hacen esta síntesis y que tiene entre sus antecedentes al *ordoliberalismo* alemán, más conocido como Economía Social de Mercado. El ordoliberalismo propuesto en la Alemania de los años 30 (pero implementado durante los gobiernos de KONRAD ADENAUER y LUDWIG ERHARD), es justamente un sistema liberal basado en un *orden* en el que el Estado de Derecho, la estabilidad macroeconómica, la libre competencia y las garantías sociales constituyen sus componentes básicos (la Constitución económica). Como lo proponen sus principales exponentes, se trata de un orden digno del hombre que combina el principio de la libertad del mercado con el de la compensación social<sup>63</sup>.

No es una casualidad que los tratados comunitarios empleen el término Economía Social de Mercado entre sus principios fundacionales<sup>64</sup> y que los criterios de adhesión a la Unión Europea, desde el Consejo Europeo de junio de 1993 (criterios de Copenhague), contengan tres criterios concomitantes: el político, el económico y el acervo comunitario. El criterio político supone la existencia de instituciones estables que garanticen la democracia, el estado de derecho, el respeto de los derechos humanos y el respeto y protección de las minorías. El criterio económico, supone la existencia de una economía de mercado viable, así como la capacidad de hacer frente a la presión compe-

62 Cfr. el debate entre el positivismo y el anti-positivismo en el Derecho internacional en G. de BÚRCA y O. GERSTENBERG. "The Denationalization of Constitutional Law", *Harvard International Law Journal*, vol. 47, 1, 2006, pp. 246 a 250.

63 Cfr. mayores referencias sobre el ordoliberalismo alemán en MONTEAGUDO, supra nota 37, pp. 353 a 368.

64 Artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea y Objetivo 1-3 de la Constitución Europea.

tiva y las fuerzas del mercado dentro de la Unión. Y finalmente el acervo comunitario, que comprende la capacidad para asumir las obligaciones que se derivan de la adhesión, especialmente aceptar los objetivos de la unión política, económica y monetaria<sup>65</sup>.

Más interesante aún, la evolución de la Unión Europea hacia una profundización de la integración política y económica ha tenido como uno de sus *motores*<sup>66</sup> las libertades económicas. El profesor P. JUILLARD refiere justamente que la libre circulación de capitales, de ser una libertad subordinada se convierte en una *subordinante* de las nuevas evoluciones del Derecho comunitario, como la moneda única. Como ocurrió con el federalismo americano, el federalismo europeo ha progresado por la consagración de las libertades económicas y los derechos individuales a nivel supranacional. Así lo confirma ZOLLER, al señalar como evidencias a la propia jurisprudencia europea en casos como el *Gené en Loos* sobre el efecto directo, que transforma a los tratados comunitarios en una fuente de libertades económicas en beneficio directo de los ciudadanos y posteriormente con los recursos individuales ante la Corte de Derechos Humanos de Estrasburgo<sup>67</sup>.

Como indicamos en la Introducción, la Unión europea ha sido un proceso que ha ido de lo económico (creación de un Mercado Común) a lo político (constitucionalización del Derecho comunitario), como destino inevitable de un proyecto liberal y pacificador. VICTOR HUGO en su célebre discurso *por Serbia* (agosto de 1876), considerado como una de las más lúcidas inspiraciones de la integración europea, expresa este ideal de la siguiente manera:

Lo que está pasando en Serbia demuestra la necesidad de los Estados Unidos de Europa. Que a los gobiernos desunidos les sucedan los pueblos unidos. Acabemos con los imperios asesinos. Amordacemos los fanatismos y despotismos. Quebreemos los puñales sirvientes de la superstición y los dogmas que hoy muestran sus sables desenvainados. No más guerras, no más masacres, no más carnicerías; libre pensamiento, libre intercambio; fraternidad. ¿Es tan difícil alcanzar la paz? La República de Europa, la Federación continental, no hay otra realidad política que ésta...

65 Cfr. criterios de adhesión (versión en inglés) en [[http://ec.europa.eu/enlargement/enlargement\\_process/accession\\_process/criteria/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enlargement/enlargement_process/accession_process/criteria/index_en.htm)].

66 Cfr. M. MONTEAGUDO. *La independencia del Banco Central*, p. 104, y P. JUILLARD. "Libre circulation de capitaux -introduction générale- stipulations du Traité de Rome", (*Circulation de capitaux*), *Jurisclesseur Europe*, 1988, fasc. 900, 9, p. 9.

67 ZOLLER, *supra* nota 34, p. 153.

### C. HUMANIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL Y EL PODER PÚBLICO COMO GARANTE DE LA ESTABILIDAD

Tanto el sentido político del liberalismo económico (como expresión de la libertad del hombre), cuanto la preeminencia de los Derechos Humanos, están rediseñando el carácter *humanista* del Derecho internacional. Los ordoliberales entienden al mercado como un espacio para ejercer la libertad. El mercado “expresa la libertad de los hombres y el intercambio voluntario; el contrato y la competencia son procesos que permiten coordinar las acciones humanas buscando la armonía de intereses”<sup>68</sup> y la propia doctrina social de la Iglesia pretende reivindicar el sentido personal del mercado, cuando en la última encíclica papal encontramos que “el mercado es la institución económica que permite el encuentro entre las personas [...] que utilizan el contrato como norma de sus relaciones y que intercambian bienes y servicios para satisfacer sus necesidades y deseos...”<sup>69</sup>. En realidad esta visión idealizada del Mercado no es ajena al pensamiento liberal clásico, que no siempre concibió al Mercado con un sentido meramente utilitarista. Hay que recordar (se olvida con frecuencia) que la otra obra célebre de ADAM SMITH es la *Teoría de los sentimientos morales*, donde justamente se infiere que el mercado es un lugar de encuentro en el que la empatía (o simpatía) y la división del trabajo obligan al individuo a aceptar las reglas sociales<sup>70</sup>.

El proyecto de liberalización del comercio mundial (con los acuerdos de Bretton Woods) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos ocurren en la misma década y corresponden a una reorientación del derecho, en función de un nuevo polo: el de los derechos propios al hombre (DUPUY). El Derecho internacional ya no será un Derecho centrado por el principio de Soberanía, sino un Derecho garantista en beneficio del hombre y por su condición de tal; esto es *un Derecho al servicio del hombre*<sup>71</sup>. A partir de ese momento, esta lógica de *humanización* del Derecho se extiende y comunica a ramas que habían permanecido reservadas a de la protección y seguridad

68 J. GARELLO. “Economie, droit et religion: Christian Mouly, libéral et croyant”, *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 34.

69 BENEDICTO XVI. *Caritas in Veritatis*, III Encíclica, 35.

70 Cfr. F. DERMAGE. “Le Dieu du Marché, Éthique, économie et théologie dans l'oeuvre d'Adam Smith”, *Économie et Sociétés*, Série Oeconomia “Histoire de la pensée économique” PE n.º 33,12/2003, pp. 2314 y 2315.

71 DUPUY, *supra* nota 35, pp. 413 y 414.

de Estado. La propia Carta de Naciones Unidas anuncia en sus primeros artículos las remisiones del Derecho internacional al “desarrollo económico social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos” (art. 1.3)<sup>72</sup>.

En esa misma línea y a riesgo de ser calificado como un buscador de humanismo donde parecería no haberlo, la idea de un Derecho internacional *garantista* de los intereses del hombre también está presente en las respuestas *globales* de Estados y organizaciones internacionales frente a las crisis financieras. Ocurre que, en medio de estas crisis se viene construyendo un principio político-económico, en el sentido de que la estabilidad financiera y monetaria constituye una suerte de *bien público* universal. Y que el poder público debe responder y garantizar la preservación de ese *bien*, pues ni la desregulación ni la auto-regulación son suficientes<sup>73</sup>.

Los nuevos estándares en materia de regulación financiera, como resultado del conjunto de propuestas para afrontar la crisis financiera internacional a través de Basilea III, el FMI, el FSB, la Junta de Riesgo Sistémico y el Sistema Europeo de Supervisión Financiera o el Financial Stability Oversight Council en los Estados Unidos, parten del principio de que *todos* son responsables de la estabilidad, propia y ajena. Y en consecuencia la supervisión y regulación financieras no deberán efectuarse con un enfoque micro-prudencial (institución por institución), sino que además deberá tener en cuenta el buen funcionamiento del sistema financiero en su conjunto<sup>74</sup>. LORENZO BINI, miembro del Directorio Ejecutivo del Banco Central Europeo, subraya que uno de los problemas de la institucionalidad europea es precisamente la falta de comprensión de la dimensión global del Euro y muchas discusiones económicas y financieras en los países, se realizan sobre información nacional y consideraciones domésticas, sin ser conscientes de la transformación que se ha operado con la integración financiera. En países europeos en los que se ha logrado una recuperación económica a pesar de la

---

72 *Ibíd.*, pp. 415 a 417.

73 Cfr. GAËL GIRAUD. “Logique de la crise financière”, *La fabrique de la doctrine sociale, Ceras Revue Project*, disponible en [<http://www.ceras-projet.com/index.php?id=2554>].

74 Cfr. M. GIOVANNOLI. “The International Financial Architecture and its Reform after the Global Crisis”, *International Monetary and Financial Law. The Global Crisis*, M. GIOVANNOLI y D. DEVOS (eds.), OXFORD, 2010, p. 29.

crisis griega, a la opinión pública le resulta difícil entender la ramificación global de esa misma crisis<sup>75</sup>.

La globalización financiera y la integración de los mercados importan un sentido global de responsabilidad, que las organizaciones económicas internacionales están llamadas a promover y a dar muestras de adaptación. Por esta razón al interior de las organizaciones multilaterales, como el FMI y el Banco Mundial, se viene produciendo un cambio importante de actitud con prácticas y códigos de mayor transparencia en las finanzas públicas, más control sobre los poderes discrecionales y mayor comunicación con la sociedad civil<sup>76</sup>. De esta manera las organizaciones internacionales también fortalecen su legitimidad, para que no se reproduzcan en ellas las deficiencias o limitaciones del Estado nacional llevadas por un aislamiento tecnocrático. MICHEL CAMDESSUS no acepta que ciertos problemas económicos, por contener elementos técnicos, haya que alejarlos del debate democrático. Propone más bien *politizar* el FMI, en el sentido de dar una participación en el debate y diseño de políticas a los ministros de finanzas de los países miembros, creando una instancia especial y así vincular aún más a la organización con las representaciones políticas domésticas<sup>77</sup>. Más allá de los mecanismos que puedan implementarse, lo cierto es que el desarrollo del nuevo Derecho internacional económico en tiempos de crisis financieras globales también exige legitimidad en los sujetos protagónicos y adaptación a las nuevas realidades. Como lo ha señalado recientemente ROBERT ZOELLICK, presidente del Banco Mundial, “nos reformamos para ser más representativos y ganar más legitimidad”<sup>78</sup>.

---

75 L. BINI SMAGHI. “European democracies and decision-making in time of crisis”, Seminario de la Hellenic foundation for European and Foreign Policy, *BIS central bankers’ speeches*, p. 4.

76 JOHN H. JACKSON. “International economic law in times that are interesting”, *Journal of International Economic Law*, vol. 3, 2000, p. 6.

77 CAMDESSUS, *supra* nota 40, p. 30

78 ROBERT B. ZOELLICK. “¿El fin del Tercer Mundo? Modernización del multilateralismo para un mundo multipolar”, Woodrow Wilson Center for International Scholars, 14 de abril de 2010, p. 10.

## II. AMÉRICA LATINA TAMBIÉN VIVE, A SU MANERA, LOS TIEMPOS DE TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Como señalamos en la Introducción, en América Latina se reproducen prácticamente todas las formas de la evolución del Derecho Internacional, aunque en diversas intensidades. Y la Región no se ha mantenido al margen de la liberalización y apertura económica mundial desde fines de los años 80, habiendo participado en las negociaciones multilaterales de la OMC durante la ronda de Uruguay y dejando para la historia el discurso unísono o mayoritario del control de las inversiones, algunas de cuyas inspiraciones pueden encontrarse en legendarias Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas n.ºs 1803 (XVII) del 14 de diciembre de 1962 relativa a la *Soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales* y 3281 (XXIX) del 14 de diciembre de 1974 que consagra la *Carta de Derechos y Deberes Económicos*.

Definitivamente se produce un cambio de paradigma, cuando de una cultura jurídica propia de la doctrina Calvo, que exige el sometimiento de la inversión extranjera a la jurisdicción doméstica y su renuncia a la protección diplomática (opción que todavía se establece en la mayoría de constituciones políticas), se pasa a otra que viene aceptando la *internacionalización* de las reglas y mecanismos de solución de controversias relativas al tratamiento de la inversión extranjera, con la suscripción de tratados de protección y promoción de inversiones o de tratados de libre comercio. Los propios procesos de integración que, como la Comunidad Andina, habían hecho del control de las inversiones extranjeras uno de sus pilares más representativos<sup>79</sup>, cambian de enfoque y se asocian con la apertura económica en un proceso al que se le ha denominado el *regionalismo abierto*<sup>80</sup>.

Si bien es cierto que en los últimos años se ha desarrollado una corriente de países liderada por Venezuela, que cuestiona en el discurso al modelo neoliberal y en algunos casos como Bolivia y Ecuador, ello ha implicado su retiro de instancias internacionales como el sistema del CIADI, esta dinámica

79 Este es el caso de la famosa Decisión 24 del pacto Andino que establecieron una serie de exigencias comunes para el ingreso de la inversión extranjera a la Subregión.

80 "La jurisprudence des tribunaux des organisations d'intégration latino-américaines", supra nota 11, pp. 633 y 634; cfr. referencia a L. BURGORGUE-LARSEN. "Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international", SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003.

no altera la tendencia general o mayoritaria del Derecho internacional latinoamericano (cuantitativa y cualitativamente). Tanto los diversos instrumentos internacionales, como los cambios legislativos internos confirman que el Estado nacional de América latina ya no está solo y que mas bien éste concurre con los *rivales* propios del nuevo Derecho internacional que también actúa en el plano doméstico. Pero lo interesante es que la liberalización económica en América latina (aun cuando no sea unánime), también da muestras de estar acompañada de *valores* políticos y jurídicos, los que sin duda tendrán que madurar y alcanzar una plena legitimidad, tanto en el terreno económico como a nivel de la promoción y protección de los Derechos Humanos.

Con el propósito de evidenciar el *alineamiento natural* de América latina con los cambios del Derecho internacional, nos proponemos en esta Parte reflexionar sobre algunos de los procesos jurídicos que dan cuenta de una armonización doméstica en materia de legislación económica y financiera (con el influjo del *soft law* de las organizaciones económicas internacionales) (A) y al mismo tiempo sobre una genuina internacionalización en el campo de las inversiones *vis-á-vis* las inspiraciones posibles desde el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos (B).

#### A. EL *SOFT LAW* Y LA ESTABILIZACIÓN MACROECONÓMICA

En los tiempos de crisis financieras localizadas en el primer mundo y en que las calificadoras internacionales de riesgo deciden reclasificar hacia abajo la deuda pública norteamericana o la de algunos países de la Unión Europea, se alude principalmente a problemas de confianza en la *sostenibilidad fiscal* de largo plazo<sup>81</sup>. Desde una perspectiva latinoamericana este diagnóstico y las respuestas que las autoridades vienen diseñando y rediseñando, no nos resultan sorprendentes sino mas bien absolutamente familiares. Así pues, desde fines de los años 80 y a lo largo de las décadas siguientes, un gran número de países de América Latina ha venido implementando y profundizando

---

81 El 5 de agosto de 2011 la calificadora de riesgo Standard & Poor's redujo la calificación de la deuda soberana de largo plazo norteamericana de AAA a AA+, teniendo en consideración, entre otras razones, que los acuerdos alcanzados por el gobierno y el Congreso no son suficientes para la viabilidad de la deuda en el mediano plazo. Cfr. Reporte en el Portal de Standard & Poor's en [<http://www.standardandpoors.com>].

programas de estabilización económica y reformas institucionales, tendientes a asegurar la ausencia de inflación con bancos centrales independientes, la estabilidad y transparencia fiscal (con legislación específicamente creada para dicho fin) y el fortalecimiento de los sistemas bancarios y financieros mediante reformas legislativas concordantes con los estándares del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea.

Este proceso de reformas económicas simultáneas en la Región se ha ejecutado con la activa participación del FMI y otras organizaciones económicas internacionales, como el Banco Mundial. Por ejemplo, entre los años 1989 y 2004 el FMI otorgó facilidades financieras a 17 países latinoamericanos<sup>82</sup> bajo diversas modalidades (Acuerdos de Derechos de Giro, Servicios de Crédito Ampliado, Servicios para el Crecimiento y la Reducción de la Pobreza y Facilidades de Reserva Ampliada), en las que se establecían compromisos de políticas económicas y la implementación de reformas estructurales. También durante este período el FMI afinó sus mecanismos *soft law*, con la aprobación progresiva de *estándares y códigos* de mejores prácticas sobre la formulación e implementación de políticas financieras y económicas. Este conjunto de instrumentos (a los que el texto en español del FMI denomina mas bien códigos y normas)<sup>83</sup> se ha enriquecido con recomendaciones y estándares generados en otras organizaciones internacionales, grupos de trabajo, asociaciones gremiales o profesionales<sup>84</sup> y en la actualidad corresponde a 12 áreas divididas en tres grupos básicos: a. Transparencia (información estadística, políticas fiscal y políticas monetaria y financiera); b. Reglamentación y supervisión del sector financiero (bancario, financiero y seguros), y c. Institucionalidad e infraestructura de mercado (resoluciones de crisis y seguro de depósitos,

82 Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela. Cfr. A. SINGH, A. BELAISCH, Ch. COLLYNS, P. DE MASI, R. KRIEGER, G. MEREDITH y R. RENNHACK. "Stabilization and Reform in Latin America: A Macroeconomic Perspective on the Experience Since the Early 1990s", FMI, 2005, pp. 16 y 17, disponible en [<http://www.imf.org/external/pubs/ft/op/238/>].

83 Cfr. resumen y referencias de los Códigos en diferentes lenguas en [<http://www.imf.org/external/np/exr/facts/sc.htm>].

84 Comité de Basilea de Supervisión Bancaria, International Organization of Securities Commission -IOSCO-, International Association of Insurance Supervisors -IAIS-, International Association of Deposit Insurers -IADI-, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil -CNUDMI-, Organization of Economic Cooperation and Development -OECD-, International Accounting Standards Board, International Federation of Accountants, Committee on Payments and Settlements Systems y Financial Action Task Force -FATF-.

insolvencia y concurso de acreedores, gobierno corporativo, principios de contabilidad y auditoría, sistema de pagos, lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo).

El cumplimiento de los estándares y códigos es evaluado a pedido del país miembro o de las organizaciones internacionales (p. ej., los estándares financieros son evaluados bajo el programa del FMI y el BM denominado, Financial Sector Assessment Program, —FASP—) y su resultado se consigna en un informe, denominado en inglés *Report on the Observation of Standards and Codes* —ROSC—, que incluye recomendaciones. La publicación de los ROSC es voluntaria y hasta fines del año 2010 la mayoría de los 187 países miembros del FMI ya había concluido por lo menos un módulo de ROSC, habiéndose publicado más del 75% de los mismos<sup>85</sup>.

Las reformas económicas en América Latina tienen la peculiaridad de haber generado un grado interesante de armonización y convergencia con el mecanismo de *soft law* de organizaciones económicas internacionales (universales) y no precisamente como parte de un proceso de integración económica y monetaria. Además, este proceso ha acompañado un período de relativa estabilidad política, con la sucesión de gobiernos democráticamente elegidos; aunque sus efectos en el fortalecimiento de la institucionalidad democrática y el estado de derecho en la Región esperan ser reconocidos y comprendidos en su verdadera dimensión. Justamente en un estudio del FMI sobre la estabilización macroeconómica y las reformas en América Latina de los años 90 se señala que la falta de una reforma política *mayor*, que aborde la crisis de representación y de confianza, los mecanismos de solución de conflictos y la construcción de consensos, puede explicar el que las mejoras de las políticas macroeconómicas y financieras no hayan sido sostenidas a lo largo de todo el período<sup>86</sup>.

## I. LA TRANSPARENCIA FISCAL

Uno de los aspectos más significativos en el terreno de la institucionalidad política, que ha sido positivamente influenciado por las reformas macroeconómicas y la armonización legislativa en América Latina, ha sido el de la Transparencia Fiscal. Hay que recordar que el principio de soberanía del

---

85 Ídem.

86 A. SINGH et al., *supra* nota 82, p. 18.

Estado nacional moderno, descansa en su potestad tributaria; esto es, en la capacidad de crear tributos o imposiciones económicas a *todos*, dentro de su jurisdicción. Y la Democracia también dispone entre sus medios y expresiones materiales, la capacidad de los ciudadanos de ejercer un control sobre la potestad tributaria del Estado. Esa es precisamente la primera justificación que recibimos en nuestra formación de Derecho cuando nos remitimos al origen del Parlamento. Por la Carta Magna suscrita el año 1215 Juan *Sin Tierra* fue obligado ante los barones ingleses a limitar sus potestades tributarias, abriendo un capítulo en la historia del principio de la legitimidad política de los impuestos (*todo tributo debe ser aprobado por los representantes del pueblo*)<sup>87</sup>, hasta llegar a los tiempos modernos en que el Estado nacional realmente *actúa* con el instrumento fiscal, asignando y reasignando recursos, hasta convertir la cuestión fiscal en el centro de los debates sobre la distribución del poder nacional, regional y supranacional. En consecuencia, hablar de transparencia fiscal es necesariamente hablar de democracia y repartición de competencias.

El Código del FMI de *Buenas prácticas de transparencia fiscal*<sup>88</sup>, desarrollado inicialmente en 1998 y que es objeto de continuas evaluaciones, contiene justamente una serie de reglas que tienen directa relación con el control de la soberanía tributaria del Estado. Por ejemplo, en su primera Parte, sobre la definición de funciones y responsabilidades se indica que

... deberán especificarse con claridad las funciones de los diferentes niveles del gobierno y sus interrelaciones (1.1.3), o que las leyes y los reglamentos relativos a la recaudación de ingresos tributarios y no tributarios, y los criterios que rigen la discrecionalidad administrativa de su aplicación, deberán ser asequibles, claros y comprensibles (1.2.2.).

Y en las partes relativas al acceso del público a la información y a la integridad de la misma se especifica una serie de reglas orientadas a que el público tenga acceso a una *información completa* sobre las operaciones fiscales pasadas, actuales y futuras, y sobre los principales riesgos fiscales (Tercera parte) y a

<sup>87</sup> DUVERGER no relata cómo es que en el origen del Parlamento y las Asambleas de Estado en la Inglaterra del Siglo XIV se fue consolidando la función de controlar la capacidad fiscal de los soberanos, todo lo cual "abre la vía al poder presupuestario y fiscal de los Parlamentos modernos": M. DUVERGER. *Instituciones políticas y Derecho constitucional*, Ariel, 1982, p. 45.

<sup>88</sup> Cfr. [http://www.imf.org/external/np/fad/trans/code.htm].

asegurar que *los datos fiscales deberán cumplir las normas generales aceptadas sobre la calidad de los datos* (4.1). En realidad, la transparencia Fiscal, de acuerdo a los trabajos publicados por el propio FMI, es definida en el sentido más amplio posible, de modo tal que el público tenga acceso a: la estructura y las funciones del gobierno, sus intenciones de política fiscal, las cuentas del sector público y las proyecciones fiscales, permitiendo una evaluación clara de la ejecución fiscal pasada, la posición fiscal corriente, los riesgos fiscales y la futura direccionalidad de la política fiscal<sup>89</sup>.

Hasta el año 2007, con la excepción de República Dominicana, Venezuela y Bolivia, prácticamente todos los países latinoamericanos habían realizado evaluaciones sobre la observancia del Código del FMI de *Buenas prácticas de transparencia fiscal*<sup>90</sup> y si bien todavía existe un camino importante por recorrer en materias como rendimiento de cuentas y riesgos fiscales<sup>91</sup>, un número de países ha empezado a aprobar leyes especiales en materia de transparencia y responsabilidad fiscal que incluyen reglas o límites al déficit y al endeudamiento público.

El año 2000, el Congreso Brasileño aprobó la Ley de Responsabilidad Fiscal que regula la planificación, la transparencia y el control de las finanzas públicas. Con esta ley se establece la obligación de rendimiento de cuentas de los gastos, habiéndose previsto además, como una medida complementaria, la Ley de Crímenes Fiscales que sanciona penalmente la concertaciones de deuda sin autorización legislativa previa, el mantenimiento de obligaciones impagas o la extensión de créditos que no cuenten con una debida garantía<sup>92</sup>. Perú también dispone de una Ley de Responsabilidad y Transparencia Fiscal desde el año 1999, que ha sido perfeccionada en 2003 (Ley n.º 27245), de la misma forma que Argentina (1999), Colombia (2003) y Ecuador (2002)<sup>93</sup>. El caso de Chile es interesante porque se trata de un país que ha tenido una experiencia muy positiva en disciplina fiscal, aun antes de las reformas

---

89 Cfr. T. PARRY. "The Role of Fiscal Transparency in Sustaining Growth and Stability in Latin America", IMF Working Paper 07/220, 2007, p. 4, disponible en [<http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2007/wp07220.pdf>].

90 *Ibid.*, p. 3.

91 *Ibid.*, p. 36.

92 Cfr. Reporte ROSC de Brasil sobre transparencia fiscal, pp. 8 y 9, disponible en [<http://www.imf.org/external/pubs/ft/sr/2001/cro1217.pdf>].

93 Cfr. "Stabilization and Reform in Latin America...", *supra*, nota 82, pp. 40 y 41

legislativas en materia de responsabilidad y transparencia fiscal<sup>94</sup>. El año 2005, el Gobierno chileno envió al Congreso nacional el Proyecto de Ley de Responsabilidad Fiscal que recoge las recomendaciones efectuadas por las evaluaciones externas de organismos como el FMI, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el BM y la OECD<sup>95</sup>. La extraordinaria performance de Chile en materia fiscal no ha liberado a este país de algunas observaciones interesantes del FMI, como resultado de las evaluaciones ROSC y que hacen notar la omisión de ciertos gastos militares en la estadística presupuestaria y de endeudamiento público, así como los regímenes de excepción a la transparencia fiscal de dichos gastos<sup>96</sup>. Lo interesante radica en el grado de *injerencia* de la organización internacional en un campo, otrora reservado y confinado a los sectores más inaccesibles de los Estados latinoamericanos. Lejos de ser un defecto intrínseco, la experiencia chilena brinda una interesante oportunidad de acción a uno de los instrumentos clásicos del Derecho Internacional Económico (el *soft law* de las organizaciones internacionales), que no solo consolidará la estabilidad fiscal de la región<sup>97</sup> sino también la legitimación política de estos mismos procesos.

## 2. LA INDEPENDENCIA DEL BANCO CENTRAL

Una segunda experiencia en América Latina, bajo el acompañamiento de las organizaciones internacionales y que se encuentra institucionalmente algo más consolidada, es la independencia de la Banca Central y el compromiso con la ausencia de inflación, al establecerse en la legislación de esta entidad el objetivo único o principal de preservar la estabilidad monetaria. Hemos dedicado una buena parte de nuestras actividades académicas y profesionales a estudiar las implicancias político-jurídicas de la consolidación de bancos centrales independientes, como instituciones *novedosas* en la organización constitucional y el propio Derecho internacional<sup>98</sup> y lo que nos proponemos

94 *Ibid.*, p. 29.

95 Nota del Ministerio de Hacienda del Gobierno de Chile, 28 de septiembre de 2005, disponible en [[http://www.dipres.gob.cl/572/articles-21088\\_recurso\\_1.pdf](http://www.dipres.gob.cl/572/articles-21088_recurso_1.pdf)].

96 Chile: ROSC, Fiscal Transparency, FMI, agosto de 2003, p. 28, disponible en [<http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2003/cro3237.pdf>].

97 De acuerdo con el *Reporte Fiscal Monitor* del FMI de abril de 2011, la consolidación fiscal de América Latina continuó durante el 2011. Brasil podría cerrar el año con un superávit primario equivalente al 3% del PBI (p. 9).

98 Hemos citado en supra nota 37, *La independencia del Banco Central*, que es nuestra tesis doctoral

a continuación es sintetizar la esencia de esta fenómeno, para referirnos a la envergadura y posibilidades de esta nueva convergencia regional.

La moneda es una institución de Derecho constitucional, no solo porque se encuentra expresamente consagrada casi en todos los textos constitucionales, sino también –y quizá en primer lugar– porque el instrumento monetario es el principal *vehículo* de los derechos económicos y patrimoniales, individuales y colectivos. Como bien lo expresa el maestro CARBONNIER, “todo en nuestra civilización jurídica se expresa en moneda”<sup>99</sup>; los derechos se expresan monetariamente (salarios, indemnizaciones, ahorros, presupuestos, pensiones, proyectos de inversión, deudas y rentas en general). La moneda es pues un fenómeno *constitucional* porque sirve o facilita la *cohesión social*<sup>100</sup>, en la medida en que cumpla adecuadamente sus funciones de medio de cambio, reserva de valor y unidad de cuenta. Y este requisito, desde tiempos inmemoriales no se cumple sino con la *estabilidad* o preservación del valor monetario, pues si el constitucionalismo monetario de los siglos XIX y principios del XX reposaba en el principio de convertibilidad bajo el sistema de patrón oro<sup>101</sup>, hoy ese mismo constitucionalismo está consagrado en constituciones nacionales y tratados comunitarios bajo el principio de que el poder público debe garantizar la estabilidad monetaria o ausencia de inflación.

El artículo 127 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –FUE– establece que el objetivo principal del Sistema Europeo de Bancos Centrales –SEBC– *será mantener la estabilidad de precios*, que además figura como un componente de la finalidad de la Unión Europea (art. 3.3). En el caso de América Latina, diversas constituciones políticas o las leyes de los bancos centrales atribuyen a este organismo la función, objetivo o finalidad (única, principal o entre las finalidades), de preservar la estabilidad de precios o la estabilidad monetaria<sup>102</sup>. Por ejemplo, el artículo 373 de la Constitución de

---

ante la Universidad de París 1, 2004, publicada en español; cfr. también, M. MONTEAGUDO. “Neutrality of Money and Central Bank Independence”, *International Monetary and Financial Law. The Global Crisis*, M. GIOVANNI y D. DEVOS (eds.), OXFORD, 2010.

99 J. CARBONNIER. *Droit Civil 3/Les biens: Monnaie, immeubles, meubles*, Paris, PUF, 2000, pp. 48 y 49.

100 M. AGLIETTA y J. CARTELIER. “Ordre monétaire des économies de marché”, en M. AGLIETTA y A. ORLEAN. *La monnaie souveraine*, Paris, O. Jacob, 1998, pp. 145 y 146.

101 El sistema de patrón oro “fue una suerte de ‘constitución monetaria internacional’ que se impuso a la regulación de las monedas nacionales”: *ibid.* pp. 150 a 152.

102 En el caso de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, México, Perú y

Colombia establece que “El Estado, por intermedio del Banco de la República, velará por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda”, como también lo establece el artículo 2.º de la Ley del Banco de la República. En el caso de Chile, el artículo 3.º de su Ley Orgánica Constitucional establece que “El Banco tendrá por objeto velar por la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos”. En el Perú, el artículo 84 de la Constitución señala que “la finalidad del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria”, principio que también está recogido en su Ley Orgánica (art. 2.º). Y en el caso de México, la Constitución establece que el *objetivo prioritario* del Banco de México “será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional” (art. 28), como también se encuentra previsto en su Ley (art. 2.º). En el caso de Argentina el artículo 3.º de la Ley del Banco establece que “su misión primaria y fundamental [es] preservar el valor de la moneda”.

El Derecho internacional público se ha referido a la soberanía monetaria, como uno de los atributos inherentes del Estado nacional. La Corte Permanente de Justicia Internacional señaló que “es un principio generalmente admitido que todo Estado tiene Derecho a determinar él mismo sus monedas”<sup>103</sup> y lo hizo en un mundo de monedas metálicas o convertibles, con la finalidad de reafirmar la igualdad de los Estados (un Estado no puede imponer una moneda sobre el territorio de otro)<sup>104</sup>. Sin embargo, el concepto de soberanía como poder supremo aplicado a la *fenomenología* monetaria resulta limitado, pues la moneda es un instrumento que solo tiene sentido en el comercio de los hombres. Si bien el poder público ha intervenido en los dominios monetarios a través de diversos mecanismos (definiendo la unidad monetaria con curso legal o regulando liquidez con los instrumentos de política monetaria), cuando ha querido sacar provecho de la emisión, las sociedades modernas han experimentado el fenómeno de la inflación,

---

Venezuela, el objetivo principal del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria. Chile, Honduras, Nicaragua Guatemala, Paraguay y Uruguay consagran este objetivo conjuntamente con otros (estabilidad del sistema de pagos o del sistema financiero); y en el caso de Brasil, su banco central, además del mandato de preservar la estabilidad de precios, tiene el del crecimiento y el desarrollo económico. Cfr. AGUSTÍN CARSTENS y LUIS I. JÁCOME. “Latin American Central Bank Reform: Progress and Challenges”, IMF Working Paper, junio de 2005, p. 7.

103 D. CARREAU, P. JUILLARD y T. FLORY, *supra* nota 13, p. 322; *CPJI* Série A, n.º 20, 45 y n.º 21, p. 122.

104 M. MONTEAGUDO. *La independencia...*, *supra* nota 37, p. 127.

como lo evidencian las inflaciones castellanas del siglo XVI y las inflaciones contemporáneas en Europa y América latina durante la década de los 80<sup>105</sup>.

Hay en día la acción del poder público en materia monetaria está expresada en los textos legales, antes que como un atributo inherente al poder centralizado del Estado nacional, como un deber o responsabilidad de asegurar la estabilidad monetaria al servicio de los ciudadanos. La moneda estable asegura la libertad de contratación y el pleno ejercicio de los derechos civiles (los que casi en su totalidad tienen un contenido patrimonial). Aquí conviene regresar nuevamente al sentido *garantista* o protector del orden constitucional liberal, pues el propio Montesquieu plantea la separación de poderes como un sistema que garantice el pleno ejercicio de los derechos por los individuos y particularmente los derechos civiles y económicos<sup>106</sup>. Hay pues un sentido *antropológico* del orden monetario, como lo plantearon los ordoliberales, que se complementa con la estabilidad económica y social. Y además, “no hay medio más sutil ni más certero de perturbar las bases existentes de la sociedad que pervirtiendo la moneda”<sup>107</sup>. De hecho, los ejemplos históricos son numerosos de crisis políticas y sociales acompañadas de colapsos monetarios y financieros. América Latina no ha sido una excepción. Baste revisar el caso del Perú, que el año 1990 alcanzó una inflación cercana a 7.500%<sup>108</sup>, en medio de una crisis sin precedentes en su historia que combinó el desprestigio del sistema político, el terrorismo y la instauración de un régimen autoritario durante los años 90<sup>109</sup>.

105 Cfr. referencia al *mito de la soberanía monetaria* en *ibíd.*, p. 493.

106 “La libertad consiste principalmente en no poder ser forzado a hacer una cosa que la ley no ordena; y se está en este estado solo porque se está gobernado por leyes civiles; somos libres entonces solo porque vivimos bajo leyes civiles”: MONTESQUIEU. Cfr. A. LAURENT. *Les grands courants du libéralisme*, Paris, A. Colin, 1998, pp. 14 y 15.

107 Frase atribuida a KEYNES por HAYEK; cfr. F. A. HAYEK. *La Constitution de la Liberté*, Paris, Litec, 1994, p. 123.

108 Cfr. cifras históricas de la inflación en el Perú en [<http://www.bcrp.gob.pe/estadisticas/cuadros-anales-historicos.html>].

109 En el Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, encargada de investigar los veinte años de violencia política del Perú, se refieren como elementos centrales del contexto político-económico de este período, “una severa crisis económica que desembocó, a fines de la década de 1980 e inicios de los años 1990, en una hiperinflación inédita en la historia peruana. Asimismo el país experimentó momentos de aguda crisis política que debilitaron el sistema de partidos y propiciaron la aparición de liderazgos informales —denominados independientes—. Corolario de esta crisis política fue un golpe de Estado en abril de 1992 y años más tarde, en noviembre de 2000, el abandono de la Presidencia de la República por su titular de facto en medio de uno de los mayores escándalos de corrupción de la historia del país”. *Hatun Willakuy*.

La segunda mitad del siglo xx también ha sido escenario de algunos cambios en la teoría económica y monetaria y específicamente en la resolución de una querrela entre monetaristas y keynesianos, respecto a la capacidad del poder emisor del Estado para afectar la economía real. Éste poder no tiene un efecto en el mediano y largo plazo sobre la economía real, de modo que los aumentos de liquidez monetaria que no correspondan a la actividad económica (teoría cuantitativa del dinero) se traducen en el nivel general de precios y causan inflación<sup>110</sup>. Definitivamente estas discusiones y resoluciones en el terreno de las ciencias económicas también han contribuido con la consagración del modelo de la independencia del Banco Central, separando su accionar de regulación monetaria de la función redistributiva de la acción fiscal del gobierno. Es cierto también que las discusiones en la teoría monetaria y económica se han reabierto con motivo de las nuevas formas de creación y velocidad monetaria y las medidas extraordinarias adoptadas por las autoridades monetarias de Estados Unidos y Europa desde el año 2009 a raíz de la crisis financiera internacional<sup>111</sup>. El hecho histórico es que desde fines de los años 80 se produce una reforma global de los bancos centrales, para independizarlos de la política fiscal de los gobiernos nacionales, inspirada el modelo o la experiencia de los célebres Bancos Centrales de Estados Unidos (el *Fed*) y de Alemania (el *Bundesbank*).

Si la Unión Europea da un paso trascendental al incorporar como uno de los pilares de la Unión Económica y Monetaria a la consagración de un Banco Central Europeo independiente de gobiernos nacionales y autoridades comunitarias (Tratado de Maastricht de 1991)<sup>112</sup>, América Latina caminará

---

*Versión abreviada del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación Perú, Lima, 2004, p. 20.*

110 F. AFTALION y P. PONCET. *Le Monétarisme*, Paris, PUF, 1987, pp. 10, 40 y 41.

111 Cfr., por ejemplo, C. A. GOODHART. "The changing role of central banks", BIS Working Paper n.º 326, noviembre de 2010

112 Por ejemplo, el Tratado FUE consagra una de las manifestaciones de la independencia del Banco Central Europeo en su artículo 130, al señalar que: "En el ejercicio de las facultades y en el desempeño de las funciones y obligaciones que les asignan los Tratados y los Estatutos del SEBC y del BCE, ni el Banco Central Europeo, ni los bancos centrales nacionales, ni ninguno de los miembros de sus órganos rectores podrán solicitar o aceptar instrucciones de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, ni de los Gobiernos de los Estados miembros, ni de ningún otro órgano. Las instituciones, órganos u organismos de la Unión, así como los Gobiernos de los Estados miembros, se comprometen a respetar este principio y a no tratar de influir en los miembros de los órganos rectores del Banco Central Europeo y de los bancos centrales nacionales en el ejercicio de sus funciones".

en esa misma senda pues el modelo, con algunas variantes, se impondrá masivamente después de la reforma del Banco Central de Chile en 1989, en países como El Salvador, Argentina, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Perú<sup>113</sup>, Venezuela, Bolivia, México, Costa Rica, República Dominicana, Guatemala, Paraguay, Uruguay, Costa Rica, Guyana, Honduras<sup>114</sup>. De otro lado el Acuerdo Constitutivo del FMI no contiene referencia alguna a la independencia del Banco Central, sin embargo, esta entidad ha colaborado decididamente en la comprensión y diseminación del modelo, a través de visitas técnicas, seminarios internacionales, negociaciones de compromisos de política y sus recomendaciones en el contexto de los ROCS.

Hay dos elementos del modelo de la banca central independiente que nos parece relevante subrayar en el contexto de la convergencia regional. El primero tiene que ver con la autonomía o independencia funcional, es decir el hecho de que las decisiones de política monetaria adoptadas por los órganos de gobierno del Banco Central no pueden ser modificados ni anulados por la Administración del Gobierno. No existe poder de veto o ratificación, pues con la independencia del Banco central desaparece definitivamente la tutela administrativa<sup>115</sup>. Es en este terreno —propio del Derecho administrativo— donde opera la independencia del Banco Central, pues en el marco de sus competencias el Banco Central actúa *solo*, como una suerte de cuarto o quinto Poder del Estado. Esta distribución *sui generis* de competencias o *desmembramiento* del poder central también tenemos que ubicarla en su contextura constitucional y económica. Ya evocamos en la Primera Parte la Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano de 1789, para indicar que “toda sociedad donde la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes determinada carece de Constitución”, y en la materia que nos ocupa, la *separación* del Banco Central, constituye un mecanismo de contrapeso que garantiza el ejercicio de derechos económicos. De otro

---

113 En el caso del Perú ya la Constitución de 1979 hacía referencia a la independencia del Banco Central, aunque no había elevado a ese mismo rango la prohibición del financiamiento al Gobierno.

114 Cfr. ERNESTO AGUIRRE. “El proceso de reforma de los bancos centrales en América Latina”, en E. AGUIRRE, R. JUNGUITO y G. MILLER. *La banca central en América latina, aspectos económicos y jurídicos*, Bogotá, Tercer Mundo, 1997, pp. 6 a 9. Cfr. también C.-J. LINDGREN y D. E. DUEÑAS. “Strengthening central bank independence in Latin America”, *Frameworks for monetary stability*, Washington, IMF, 1994, p. 12.

115 Cfr. MONTEAGUDO. *La independencia del Banco Central*, pp. 197 y 206.

lado, la separación del poder central también se explica económicamente por la distinción (en naturaleza y finalidad) entre la función monetaria y la fiscal. De ahí que el segundo elemento del modelo que nos interesa remarcar sea la prohibición —en muchos casos constitucional— de financiar al Tesoro, separando definitivamente la creación de activos y pasivos propios de la regulación monetaria del banco central (y su gestión presupuestaria corriente) del Presupuesto General del Estado.

De acuerdo al trabajo de CARSTENS y JÁCOME (2005), los bancos centrales de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Honduras, Nicaragua, Perú y Uruguay gozan de completa independencia funcional en materia de política monetaria, mientras que los bancos centrales de Guatemala, México, Paraguay, Venezuela actúan con ciertas restricciones. En lo concerniente a la prohibición de financiamiento al Gobierno, los mismos autores señalan que ésta se encuentra recogida en forma absoluta en Argentina, Chile, Costa Rica, Brasil, República Dominicana, Guatemala, Perú, Uruguay y Venezuela, y admitiendo la posibilidad para créditos de corto plazo en Bolivia, Honduras, México, Nicaragua y Paraguay<sup>116</sup>. Son interesantes los casos de algunos países que han incorporado esta prohibición o limitación a nivel constitucional, como Brasil<sup>117</sup>, Perú<sup>118</sup>, Chile<sup>119</sup> o México<sup>120</sup>. Mas allá de las particularidades de cada caso, que merecen un trabajo específico, lo cierto es que asistimos a una tendencia general que en los últimos años ha dado resultados extraordinarios en términos de ausencia de inflación. Los países mencionados además de Colombia y Uruguay han terminado la primera década del siglo XXI con cifras records de inflación baja (a pesar de la crisis financiera internacional)<sup>121</sup>.

---

116 CARSTENS y JÁCOME, *supra* nota p. 14.

117 Sección 1 del artículo 164 de la Constitución de Brasil.

118 Artículo 84 de la Constitución de Perú.

119 Artículo 109 de la Constitución de Chile.

120 Artículo 28 de la Constitución de México.

121 Las tasas de inflación han estado en estos países entre el 1 y el 6,5 % aproximadamente. Cfr. M. CÁRDENAS, E. LEVY-YEYATI y CAMILA HENAO. "Latin America Economic Perspectives", Brookings, setiembre de 2010, pp. 6 y 7, disponible en [[http://www.brookings.edu/~media/Files/rc/reports/2010/1006\\_latín\\_america\\_economy\\_cardenas/1006\\_latín\\_america\\_economy\\_cardenas.pdf](http://www.brookings.edu/~media/Files/rc/reports/2010/1006_latín_america_economy_cardenas/1006_latín_america_economy_cardenas.pdf)].

### 3. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA: EN BÚSQUEDA DE PRINCIPIOS

Desde la perspectiva del Derecho Internacional Económico, la libre circulación del conjunto de factores de la producción exige un nivel razonable de convergencia y armonización de la legislación doméstica<sup>122</sup>, el fortalecimiento de la institucionalidad y el Estado de derecho en las jurisdicciones domésticas y la posibilidad de recurrir a *principios* y jurisdicciones internacionales en casos de conflicto. Este ha sido precisamente la dinámica de la *internacionalización* del tratamiento de la inversión extranjera, pues luego de los años de la descolonización europea y los movimientos sociales en el tercer mundo entre los años 50 y 70, las organizaciones internacionales, particularmente el Banco Mundial y los países miembros, intentaron restablecer la confianza luego de la aprobación del tratado del CIADI ya en 1965 (aunque solo desde fines de los años 80 se produce su masiva ratificación). Una muestra de ello fue la aprobación en 1992 de las Líneas Directrices del Banco Mundial relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa<sup>123</sup> y la multiplicación de Convenios Bilaterales de inversión, en los que América Latina ha tenido una participación muy importante<sup>124</sup>.

La internacionalización del tratamiento de la inversión extranjera tiene además la característica de que el particular es reconocido como sujeto en las controversias internacionales. El inversionista será el titular de los derechos reconocidos en los convenios bilaterales de inversión (como Trato Nacional,

122 La noción de convergencia legal o regulatoria a nivel internacional refiere al proceso por el cual las leyes nacionales y estándares regulatorios progresivamente devienen en similares, comparables o equivalentes. Cfr. A. GKOUTZINIS. "How far is Basel from Geneva? International Regulatory Convergence and the Elimination of Barriers to International Financial Integration", p. 65, disponible en [[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=699781](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=699781)].

123 Las líneas directrices constituirán un marco o modelo de políticas y legislación doméstica orientadas a promover la inversión en un clima de estabilidad jurídica, iniciando un amplio proceso de convergencia en el tratamiento doméstico de la inversión extranjera. *World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, 1992. Cfr. I. F. I. SHIHATA. *Legal treatment of foreign investment: "The World Bank guidelines"*, Martinus Nijhoff, 1993.

124 A fines del año 2010 entre suscritos y en proceso de negociación existen cerca de 6.000 tratados de inversión por diversas modalidades, incluyendo convenios bilaterales y Tratados de Libre Comercio -TLC- que incorporan un capítulo especial sobre inversiones. Cfr. UNCTAD. Investment Instruments Online, *Bilateral Investment Treaties*, "World Investment Report 2011", Capítulo III, Recent policy developments, disponible en [<http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2011-Chapter-III-en.pdf>].

cláusula de la Nación *más Favorecida*, el Tratamiento Justo y Equitativo y la Protección y Seguridades Plenas) y se encontrará investido de la capacidad de llevar al Estado anfitrión ante un tribunal arbitral, para discutir si la conducta de éste como autoridad administrativa ha implicado o no la violación de tales derechos, los mismos que estarán complementados con principios de Derecho internacional. De este modo, una justicia privada calificará y definirá en última y única instancia la conformidad de la conducta administrativa del Estado con los instrumentos y principios de Derecho internacional. Hemos señalado que esta operación supone un cambio de paradigma, que estaría dejando la doctrina Calvo, esto es la *nacionalización* de la inversión extranjera, rediseñando la relación entre soberanos y particulares, aun cuando las entidades soberanas están ahí como atributo de su propia soberanía<sup>125</sup>.

Sin embargo, la *internacionalización* del régimen jurídico de la inversión extranjera está lejos de haberse consolidado definitivamente, pues algunas cuestiones jurídicas relevantes quedan pendientes. Este es el caso de la aplicación de principios, estándares o costumbre de Derecho internacional en la solución de controversias ante los tribunales arbitrales del CIADI. La vieja discusión de si existen o no principios de Derecho internacional aplicables al tratamiento de la inversión extranjera o si se trata de una materia exclusiva de Derecho interno<sup>126</sup>, pareciera haberse disuelto con las constantes remisiones de los convenios bilaterales de inversión y los tratados de libre comercio al Derecho internacional consuetudinario, cuando se pretende definir el concepto de *tratamiento justo y equitativo*, o cuando el artículo 42 (1) del Tratado del CIADI establece que

... a falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho internacional privado, y *aquellas normas de Derecho internacional* que pudieren ser aplicables.

El profesor GAILLARD explica claramente cómo es que esta norma del tratado del CIADI admite la aplicación directa de normas de Derecho internacional, sin necesidad de que esta aplicación sea de carácter supletorio o para corregir una deficiencia del Derecho interno, tal y como ha sido confirmado por

125 E. GAILLARD. "Souveraineté et Autonomie : Réflexions sur les représentations de l'arbitrage international", *Journal du Droit International*, n.º 4, 2007, p. 1165.

126 En relación a este debate cfr. D. CARREAU, P. JUILLARD y T. FLORY, *supra* nota 13, pp. 631 a 648.

diversos laudos de los tribunales arbitrales, a partir del pronunciamiento del Comité *ad hoc* en el caso *Wena vs. Egipto* (2002)<sup>127</sup>. Parece claro que el Derecho internacional ya ha ingresado al terreno vedado por el espíritu de la doctrina Calvo, pero tenemos claro ¿cuál es el contenido preciso de reglas “materiales” o sustantivas como el estándar de Tratamiento Justo y Equitativo –TJE– cuando los tribunales arbitrales del CIADI tienen pronunciamientos diversos?

LOWENFELD indica que como mínimo el TJE significa no discriminar por nacionalidad u origen, en relación a materias como acceso a cortes domésticas y órganos administrativos, aplicación de impuestos o administración de regulaciones gubernamentales. Pero también puede violarse este principio a pesar de no existir discriminación alguna<sup>128</sup>. De hecho, en los tratados bilaterales o multilaterales existen diversas formulaciones y Marshall distingue hasta siete modalidades<sup>129</sup>. Como señalamos, el contenido del Estándar de TJE en los laudos de los tribunales arbitrales también ha sido variable. En el caso de América Latina se han emitido pronunciamientos que inciden en la predictibilidad, transparencia o expectativas en beneficio de los inversionistas extranjeros como un elemento concomitante del Estándar (casos *Metalclad vs. México*, *Tecmed vs. México*, *CMS vs. Argentina*, *MTD vs. Chile*). Sin embargo, tribunales arbitrales de otras latitudes empiezan a alejarse de este

127 Cfr. E. GAILLARD y Y. BANIFATEMI. “The Meaning of ‘and’ in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process”, 18 *ICSID Review Investment Law Journal*, 2003, pp. 404 a 411.

128 LOWENFELD, *supra* nota 26, p. 475.

129 Para MARSHALL los diversos instrumentos internacionales plantean las siguientes modalidades de definición del Estándar de Tratamiento justo y Equitativo –TJE–:

1. TJE sin hacer referencia al derecho internacional u otro criterio sobre su contenido (Camboya y Cuba);
2. TJE no menos favorable que a los nacionales o a los de terceros países (Bangladesh e Irán);
3. TJE asociado a la obligación de abstenerse de afectar las inversiones con medidas no razonables y discriminatorias (Hungría y Líbano);
4. TJE de acuerdo a los *principios de derecho internacional* (Francia y México);
5. TJE como 4 pero especificando requisitos del estándar (restricciones al libre movimiento, compra-venta de bienes y servicios y otras medidas con efectos similares, Francia-Uganda);
6. TJE de acuerdo a la legislación del Estado anfitrión (Mercado Común del Caribe y Cuba);
7. TJE como mínimo estándar de acuerdo al Derecho internacional consuetudinario, precisando en algunos casos que no crea derechos sustantivos adicionales (TLC de USA).

Cfr. FIONA MARSHALL. “Fair and Equitable Treatment in International Investment Agreements”, *Issues in International Investment Law, Background Papers for the Developing Country Investment Negotiators’ Forum*, Singapore, 2007, pp. 4 y 5.

énfasis y a sostener mas bien que el TEJ no puede ser únicamente determinado por las motivaciones y consideraciones subjetivas de los inversionistas extranjeros; que sus expectativas para estar protegidas, deben estar sustentadas en un grado de legitimidad y razonabilidad en función de las circunstancias (caso *Saluka vs. República Checa*), o que el inversionista era consciente del riesgo de que se podían producir cambios legislativos después del acuerdo, por lo que no era legítima la expectativa de inmutabilidad de la legislación (*Parkerings vs. Lituania*)<sup>130</sup>.

La jurisprudencia arbitral que acabamos de reseñar no nos puede llevar a conclusiones definitivas, pues cada laudo corresponde a situaciones específicas que exigen un examen de hechos y de legislación doméstica, más aún si tenemos en cuenta que los pronunciamientos de los tribunales arbitrales obligan única y exclusivamente a las partes en conflicto<sup>131</sup>. Sin embargo, los laudos de los tribunales arbitrales del CIADI se remiten unos a otros como una *fuentes* o criterio de entendimiento, justamente cuando razonan sobre aspectos materiales, como es el caso del estándar de TJE y en consecuencia si bien esta *jurisprudencia* no marca precedentes obligatorios, sí va delineando una tendencia que influye en la legislación y la administración doméstica, como otra versión de *soft law*. Con el paso del tiempo estas tendencias son susceptibles de consolidar una costumbre internacional, que como es inherente a toda norma de Derecho internacional deberá estar revestida de legitimidad.

De la misma forma que las normas sobre transparencia fiscal y estabilidad monetaria, la legitimidad de las normas sobre tratamiento a la inversión extranjera en nuestra convulsionada América Latina constituye una tarea pendiente de parte de todos los actores, incluyendo a la doctrina del Derecho Internacional. De hecho, ya se han producido incidentes en la región que cuestionan la legitimidad de los fallos arbitrales. Es el caso del cuestionamiento a la ejecución inmediata de los laudos. En Argentina, a raíz del caso *Cartellone vs. Hidroeléctrica Norpatagónica* (2008) la Corte Suprema estableció que los laudos arbitrales siempre podrían ser objeto de apelación toda vez que sean considerados inconstitucionales, ilegales o no

<sup>130</sup> Cfr. análisis de MARSHALL en FIONA MARSHALL. "Fair and Equitable Treatment in International Investment Agreements", cit., pp. 10 a 18.

<sup>131</sup> Artículo 53 del tratado del CIADI

razonables<sup>132</sup>. Y tampoco puede desdeñarse la denuncia del Tratado del CIADI por parte de Ecuador y Bolivia.

#### 4. INSPIRACIONES POSIBLES DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

En esa búsqueda de legitimidad de las normas económicas, el Derecho Internacional Económico de América Latina debe voltear la mirada hacia la evolución del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en el que es posible encontrar una valiosísima fuente de inspiración y rehabilitación de la regla de derecho, como garantía de derechos fundamentales. Ya hemos señalado en la Primera Parte cómo el Derecho internacional general (incluido el económico) ha alcanzado un nuevo influjo y evolución a partir de la *humanización* proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Cuando pensamos en el rol del Estado como garante de la estabilidad monetaria y de la transparencia fiscal, o del TJE en beneficio de la inversión extranjera, en realidad encontramos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos una de las expresiones más avanzadas de la función garantista del poder público. Además este sistema ha evolucionado gradualmente, pues la propia Comisión no tuvo su origen en una norma de un Tratado, sino en una resolución de uno de los órganos de la Organización de los Estados Americanos —OEA—, como resultado de una voluntad política de sus fundadores, de la misma forma como se han emitido resoluciones y recomendaciones de organismos internacionales en materia económica (*soft law*)<sup>133</sup>. Por ello, resulta muy oportuno acercarnos y educarnos en esta experiencia regional de efectiva supranacionalidad, que se ha ido construyendo progresivamente<sup>134</sup>. A continuación reseñamos algunas *familiaridades*

132 M. H. MOURRA. "Latin American Treaty-based Disputes", *Latin American Investment Treaty Arbitration*, Wolters Kluwer, 2008, pp. 59 y 60.

133 H. FAÚNDEZ LEDESMA. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos aspectos institucionales y procesales*, 3.<sup>a</sup> ed. IIDH, 2004, p. 35.

134 De la misma forma que pueden aprovecharse la experiencias de integración que ya prevén mecanismos de aplicación directa o fuerza ejecutiva de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, como ocurre con las decisiones del Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina, que tienen fuerza obligatoria y autoridad de cosa juzgada desde el día de su aplicación, y son aplicables dentro del territorio de los Estados miembros, sin que —como ocurre con las decisiones de los tribunales arbitrales del CIADI—, sea necesario un *exequatu* (art. 91 del Estatuto del Tribunal).

*conceptuales* entre el Derecho Internacional del sistema interamericano de los derechos humanos y el de la inversión extranjera.

Como señala PEDRO NIKKEN, ex presidente de la Corte Interamericana, en esta rama del Derecho internacional, el Estado puede resultar internacionalmente responsable, ya no por la lesión originaria sufrida por la víctima de una violación de derechos humanos, sino por su omisión en investigarla y hacer efectiva la identificación del responsable (como lo ha señalado la Corte Interamericana reiteradamente, por ejemplo en el caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C. n.º 4, párrs. 176 y 177)<sup>135</sup>. Existe pues un deber de acción frente a violaciones o agresiones cometidos por otros dentro de su jurisdicción del Estado, concepto familiar al del estándar mínimo de seguridades plenas para la inversión extranjera. De acuerdo a dicho estándar, el Estado receptor de la inversión extranjera protege a ésta, garantizando el adecuado funcionamiento del sistema administrativo y de justicia ante conflictos que puedan ocurrir durante la vida de la inversión<sup>136</sup>, derecho y protección que son susceptibles de ser examinado por un tribunal arbitral.

La Comisión Interamericana ha emitido desde su creación más de 50 informes sobre la situación general de los derechos humanos en diversos países de la región y realizado visitas directas en las propias jurisdicciones domésticas (visitas *in loco*)<sup>137</sup>, como también lo hemos visto en el caso de

---

Cfr. "La jurisprudence des tribunaux des organisations d'intégration latino-américaines", *supra* nota 11, pp. 646 a 648

135 P. NIKKEN. "El Estado y los particulares: entre el respeto y la garantía de los Derechos Humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos" en *Justicia, Libertad y Derechos Humanos*, Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, t. II, 2003, pp. 692 y 697.

136 Por ejemplo en el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Perú, cuando se define al trato justo como "trato justo y equitativo" y la "protección y seguridad plenas" que el país receptor debe asegurar al inversionista extranjero, se señala que el primer concepto incluye la "obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo"; y el segundo, proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario (art. 10.5).

137 H. FAÚNDEZ, *supra* nota 133, pp. 35, 38. El profesor FAÚNDEZ señala que en su primera sesión, por iniciativa del entonces Presidente de la Comisión, señor RÓMULO GALLEGOS (escritor venezolano que, luego de ser electo presidente en 1947, fue depuesto en 1948 por un golpe militar), en su reunión del 28 de octubre de 1960, se dirigió al Consejo de la OEA señalando que "sus limitados poderes no le permitían cumplir la misión en defensa de los derechos humanos que los pueblos de América esperaban de ella...": H. FAÚNDEZ, *supra* nota 133, p. 39

las organizaciones económicas internacionales, propiciando y generando importantes modificaciones legislativas y por su puesto reacciones de resistencia por diversas motivaciones. Algunas corresponden a la usual reacción de las jurisdicciones domésticas frente al poder de corrección de instancias supranacionales bajo el pretexto de que

... socavan las libertades de gestión del poder ejecutivo y resienten la creación legislativa al ponerle a ambos, condiciones establecidas en la interpretación dada por un Derecho humano en particular [...] Otros sostienen que se otorga un poder demasiado lato y muy genérico a un tribunal especial [...] exacerbando las potestades clásicas de la jurisdicción<sup>138</sup>.

De hecho, diversos pronunciamientos de la Corte Interamericana han tenido un impacto directo en el Derecho interno, desconociendo la eficacia de leyes y reglamentos que contravienen los principios de la Convención. En el caso del Perú resulta verdaderamente emblemático el fallo en el caso Barrios Altos en el que la Corte declara que

... como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú<sup>139</sup>.

En la misma línea, la Corte Interamericana condenó a Chile en el caso Almonacid Arellano y otros porque los tribunales militares se reusaron a investigar una acusación por violación de Derechos Humanos en aplicación de leyes de amnistía<sup>140</sup>.

---

138 O. GOZAINI. "El impacto de la jurisprudencia del Sistema Interamericano en el Derecho Interno", en *El control de la convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008, p. 84

139 Caso Barrios Altos vs. Perú, párr. 44, en CÉSAR LANDA (comp.). *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Palestra, 2005, p. 737.

140 Cfr. C. PAZ SARMIENTO RAMÍREZ. "Derechos Humanos en Chile y obligaciones del Estado: el caso Almonacid", en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y los países andinos*, Comisión Andina de Juristas y Fundación Konrad Adenauer, Stiftung, 2006, pp. 183 a 185.

El sistema interamericano de protección de derechos humanos, como el de la inversión extranjera, es otra expresión de la creciente importancia del individuo en la escena internacional, al permitir la recurrencia de víctimas de violaciones de derechos humanos por sus propios Estados (*a toda persona sujeta a su jurisdicción* establece el art. 1.º de la Convención), ante una instancia supranacional. Nótese además que el sistema del CIADI está reservado a conflictos entre Estados y nacionales extranjeros.

Asimismo, la propia Convención Americana surte un efecto inmediato en el Derecho Interno de los Estados, generando “directamente derechos para los individuos, y debiendo ser aplicada por los tribunales respectivos sin necesidad de trámites ulteriores<sup>141</sup>, a la luz de la obligación que emana del artículo 1.º de la Convención Americana de Derechos Humanos (“los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”). Igualmente, de conformidad con el artículo 68 de la Convención, los Estados Partes se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte Interamericana en todos los casos en que sean partes (pensemos también en la ejecución inmediata de los laudos del CIADI según el artículo 54 del Tratado).

Las continuas remisiones tanto de los tratados como de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos al ejercicio de las libertades y el Estado de derecho<sup>142</sup>, en algún momento podrían avanzar hacia las libertades económicas, o en todo caso coadyuvar en la complejidad de su contenido. Actualmente la Convención se ocupa del Derecho de propiedad en su artículo 21 y en materia de expropiaciones éste señala que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”. El alcance de esta norma ya ha sido abordado por la Corte en alguna oportunidad, como en el caso *Baruch Ivcher vs. Perú*, donde el examen de si se produjo una expropiación ilegal no se limita a la sola desposesión de bienes y se dirige hacia un

141 FAÚNDEZ, *supra* nota 137, p. 58.

142 De acuerdo a la Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, el Estado de Derecho, la democracia representativa y el régimen de libertad personal, son consustanciales con el régimen de protección de los derechos humanos contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Ibid.*, 2.

análisis pormenorizado de si se afectó o no la disposición de derechos. El fallo concluyó en que las irregulares decisiones judiciales que afectaron el pleno ejercicio de su Derecho de propiedad significó una violación al Derecho a la propiedad privada protegido por la Convención<sup>143</sup>. Esta es otra materia igualmente próxima al régimen del tratamiento de la inversión extranjera que refiere al concepto de expropiación indirecta (“ninguna de las Partes puede expropiar ni nacionalizar una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización...”) <sup>144</sup>, y que ha significado la producción de una vasta jurisprudencia arbitral sobre las diversas formas en que las acciones del Estado pueden o no afectar los derechos de propiedad. Tenemos pues una tarea pendiente desde el Derecho Internacional Económico para conocer y aproximarse al desarrollo jurídico y jurisprudencial del sistema interamericano de derechos humanos que ya empieza a abordar tópicos comunes o similares.

## CONCLUSIÓN

Hemos explicado a lo largo del presente artículo que el Derecho internacional *vive* hoy en día momentos de transformación, hacia nuevas formas de ejercicio de las potestades soberanas. El Estado nacional *ya no está solo* en la escena internacional, pues lo acompañan sujetos que en la práctica han adquirido vida propia, como las organizaciones internacionales, o a quienes se les entendía completamente subordinados a la jurisdicción interna: el individuo y la empresa inversionista. La pluralidad de sujetos también ha modificado la producción y ejecución de normas internacionales, las que bajo sus diversas manifestaciones, ingresan progresiva y directamente a terrenos domésticos. Normas comunitarias, recomendaciones de organizaciones

---

143 “Se ha probado que en julio de 1997 el título de nacionalidad del señor Ivcher fue declarado sin efecto legal. Con base en este acto y conforme a la legislación que requería la nacionalidad peruana para ser propietario de un medio de telecomunicación, en agosto del mismo año el juez Percy Escobar: a) dispuso una medida cautelar que suspendió el ejercicio de los derechos del señor Ivcher como accionista mayoritario y Presidente de la empresa [...] 126. Las consecuencias de la medida cautelar dispuesta fueron inmediatas y evidentes: se impidió al señor Ivcher Bronstein actuar como Director y presidente [...] e igualmente quedó privado de la posibilidad de participar en las reuniones de la Junta [...] no pudo transferir sus acciones, recibir dividendos derivados de éstas y ejercer otros derechos que pudieran corresponderle como accionista de la Compañía”: caso Baruch Ivcher Bronstein *vs.* Peru en LANDA, *supra* nota 139, pp. 533 y 534.

144 Artículo 10.7 del TLC entre Estados Unidos y el Perú.

económicas internacionales, laudos arbitrales por conflictos entre Estados e inversionistas extranjeros y fallos de cortes de derechos humanos, influyen directamente en la creación de normas internas, tratados, estándares y costumbre internacional.

Pero estas transformaciones y sus perspectivas futuras, no pueden explicarse sin considerar el sentido jurídico-político de la liberalización económica y el creciente reconocimiento y consolidación del Derecho internacional de los Derechos Humanos. La liberalización no es solo económica porque se funda en un imperativo ético, garantizar la libertad, y cuyo titular por excelencia es el individuo. En consecuencia, no es de sorprender que los procesos de liberalización económica tarde o temprano se encuentren con ese imperativo ético y transformen instituciones y leyes, como ya ha ocurrido en el caso Europeo.

El Derecho Internacional Económico de América Latina no es ajeno a este proceso y *a su manera* vive tiempos de revolución (lo hemos visto en el terreno monetario, fiscal y de inversiones). América Latina no ha logrado aún cimentar una *comunidad de Derecho* regional perfectamente organizada; sin embargo, sí hay evidencias de que su integración al sistema económico internacional puede consolidarse con valores político-jurídicos, en el terreno del Derecho internacional económico (p. ej., la garantía de la estabilidad monetaria como un derecho fundamental<sup>145</sup>, la transparencia fiscal como una de las condiciones mínimas para el ejercicio democrático del presupuesto público o el TJE a la inversión). Pero lo que resulta aun más interesante es que, en tiempos de liberalización económica, nuestra región también ha ingresado a la era de la *humanización* del Derecho internacional, con la consolidación del Sistema Interamericano de Derechos humanos.

El vínculo ineludible entre los derechos humanos y el liberalismo económico nos obliga a aproximar nuestras reflexiones entre una y otra disciplina del Derecho internacional (económico y de derechos humanos). Si desde nuestra fundación como repúblicas independientes, hemos perfeñado la idea de un mercado libre regional, ¿porqué no asociar ese ideal con el de una zona de protección de derechos humanos y libertades económicas?

---

<sup>145</sup> Propuesta de EUCKEN, H. TIETMEYER. *Economie sociale de marché et stabilité monétaire*, Economica, 1999, pp. 8 y 9.