

Palabras clave: Derecho internacional, integración, globalización Latinoamericana, Unión Europea (ESP)

Abstract: *Following the sixth European Union and Latin America summit in Madrid and its important results at the economic integration level, the author invites us to think about the way both regions have built a legal framework of their specific economic liberalization. While in the European Union the international treaty has been the major juridical instrument, including the derived community law, the economic liberalization in many Latin American countries has developed through legislative harmonization and standardization with non binding mechanisms, well known as soft law. Both techniques, however, are the expression of a key and challenging evolution of international law which was born as an inter-state system and today tends to be rather domestic. In the European Union the convergence of domestic macroeconomic policies constitutes an exceptional evolution in integration law that is being tested by the current international financial crises. On the other side, liberalization and standardization of foreign investment treatment in some Latin American countries developed without any global supervision still shows some limits and inconsistencies.*

Keywords: *International law, integration, globalization, Latin America, European Union (ING).*

Introducción

La velocidad e intensidad en que parecen avanzar los procesos de integración entre Europa y América Latina sobrepasan casi todos los precedentes de integración o asociación comercial, tanto al interior de ambas regiones como a nivel multilateral. Y la Sexta Cumbre entre América Latina, el Caribe y la Unión Europea celebrada en Madrid entre el 16 y el 19 de mayo de 2010 no ha hecho sino confirmar esta tendencia, con la suscripción de los acuerdos comerciales de la Unión Europea con Perú y Colombia y la reapertura de las negociaciones con MERCOSUR; que se suman a los acuerdos de asociación con México (1997), Chile (2002) y la reciente conclusión de negociaciones con América Central (2010).¹ Ello se produce además en un contexto de generalizada proliferación de instrumentos internacionales

¹ Al término de la Cumbre de Madrid también se resolvió crear la fundación UE-ALC, como instrumento para reforzar las estrategias y proyectos comunes y un nuevo Mecanismo de Inversión (el Latin America Investment Facility, LAIF), destinado a movilizar recursos para el financiamiento de actividades prioritarias. Ver Texto de la *Declaración de Madrid*, 18 de mayo 2010 (http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/er/114536.pdf).

en materia económica orientados a abrir mercados, consolidar la libre circulación de bienes, servicios y capitales y crear jurisdicciones internacionales, como una de las expresiones de la globalización económica.

Cabe sin embargo reparar en que la construcción europea y la liberalización económica en América Latina durante los últimos veinte años se han desarrollado a través de instrumentos jurídicos diferentes. Mientras que en el primer caso el protagonismo lo han tenido los tratados (comunitarios) —instrumento clásico del Derecho Internacional— y el derecho derivado, en el segundo, gran parte de la armonización legislativa y estandarización económica (en materia fiscal, monetaria, financiera y de inversiones) se ha implementado con mecanismos más bien no convencionales (no vinculantes) y a los que la doctrina califica como *soft law*. Así, gran parte de las reformas institucionales en materia económica ha sido el resultado de recomendaciones, leyes modelos o visitas técnicas de las organizaciones internacionales del Sistema de Bretton Woods, como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial y la Organización Mundial de Comercio (OMC).²

Más interesante aun es que, tanto el derecho comunitario europeo como el *soft law* aplicado en América Latina, son manifestaciones de una evolución mayor del Derecho Internacional que, como lo proponen Slaughter y Burke-White, ha devenido —paradójicamente— en un derecho *doméstico*, pues liberándose de un ámbito estrictamente inter-estatal penetra en la exclusiva zona de los asuntos internos, afectando de manera *directa* las relaciones entre gobiernos y sus propios ciudadanos y administrados.³

Sin perjuicio del sesgo hacia cada uno de estos instrumentos, la experiencia europea como la latinoamericana no es unívoca, pues en el derecho comunitario europeo, en algunos casos se recurre a la técnica del *Soft Law*,⁴ de la misma forma que la liberalización económica en América Latina en ocasiones se apoya directa o indirectamente en tratados internacionales.⁵ Pero resulta evidente que hay una diferencia sustantiva entre ambos

² La OMC si bien se crea con la conclusión de los acuerdos de Marraquech al término de la ronda de Uruguay, corresponde a la evolución del sistema del GATT iniciado con los acuerdos de Bretton Woods.

³ SLAUGHTER & W. BURKE-WHITE, «The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law)» *Harvard International Law Journal* / Vol. 47, 2, (2006) p. 327.

⁴ La «recomendación» es un instrumento empleado por los órganos comunitarios. El Banco Central Europeo dicta, además de elaborar Reglamentos y tomar decisiones, formula recomendaciones que no tienen el carácter de vinculantes (artículos 34.1 y 34.2 de los estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales).

⁵ Como es el caso de los Tratados de integración de la Comunidad Andina, MERCOSUR o el sistema ALADI, o de los tratados Bilaterales de promoción y protección de inversiones con una buena parte de países industrializados, los Tratados de Libre Comercio con los Estados Unidos de América o los Acuerdos de Asociación con la propia Unión Europea.

espacios jurídicos. Mientras (en) la Unión Europea (se) pretende una *comunidad de derecho* coherente con sus propios y novedosos mecanismos de supervisión, la América Latina *liberal* descansa en un sistema diversificado y eventualmente fragmentado, pero que se viene insertando al mundo y a las relaciones económicas internacionales con un relativo éxito.

Estos desarrollos no nos pueden llevar a concluir que la fragmentación del derecho internacional es un asunto marginal o secundario, o eventualmente mas eficaz que los esfuerzos por consolidar *comunidades de derecho* en la era de la globalización. Menos aún que el desarrollo del *soft law* representa el fracaso de la norma jurídica o del clásico *pacta sunt servanda*. Hoy asistimos, como ocurre en casi todos los campos de la cultura y la ciencia, a una genuina transformación de instituciones⁶ y de formas de ejercer el poder. Y si una comunidad de derecho como la Unión Europea se acerca vertiginosamente a una América Latina jurídicamente *diversificada*, es porque la construcción de un *estado de derecho* internacional puede nutrirse de las nuevas técnicas normativas que se crean al abrigo del orden jurídico y no en contra de éste.

En el presente artículo nos proponemos *pensar* la actual evolución del derecho internacional (1), pero acompañada por los aportes de la construcción europea (2) y la turbulenta liberalización económica en América Latina bajo el *soft law*, con el matiz de su ingreso al nuevo derecho internacional de la inversión extranjera (3).

La mirada latinoamericana de la Unión Europea que ofrecemos a continuación corresponde a una vieja fascinación mutua que no podemos soslayar. Europa siempre atrajo a Latinoamérica y viceversa. Y ello ocurrió en campos tan diversos como la geografía, cultura, la historia, el derecho y hoy por hoy en las relaciones económicas internacionales. Ya en el siglo XVII, cuando el Inca Garcilaso de la Vega se afinsa en Montilla (España), adquiere su nacionalidad europea no solamente con la traducción que él hace, del toscano al español, de una obra de León Hebreo, sino cuando sus *Comentarios Reales* de los Incas son citados por los clásicos europeos (Montesquieu en el Espíritu de las Leyes)⁷. La evolución del derecho internacional económico nos ofrece una nueva oportunidad para pensar y repensar en esa antigua fascinación.

⁶ Marie-Claude SMOUTS, «Les organisations internationales», Armand Colin, Paris 1995, p. 5.

⁷ MONTESQUIEU, «De l'esprit des lois» Editions Garnier Frères Paris, Tomes I, II [deuxieme partie] L:XXII CH: VI, (1973) p. 76.

I. La transformación del Derecho Internacional

Como es ampliamente comentado en la doctrina, la segunda mitad del siglo XX marca un cambio crítico en el Derecho internacional, en primer lugar por la aparición de nuevos sujetos o actores, antes inexistentes o habitualmente excluidos de un ámbito (el internacional) reservado a las relaciones interestatales, como es el caso de las organizaciones internacionales, la empresa multinacional, las organizaciones no gubernamentales (ONGs) y el propio individuo. Pero además, por las relaciones y efectos que desde el derecho internacional y hacia las jurisdicciones domésticas estos nuevos sujetos empiezan a crear. En la actualidad nos puede incluso resultar arcaico el texto del artículo 2.7 de la Carta de Naciones Unidas que establece que *ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados*, cuando en el derecho internacional contemporáneo constatamos continuos reenvíos de reglas internacionales de aplicación directa a asuntos domésticos. Por ejemplo, *el estándar de tratamiento justo y equitativo* de la inversión extranjera al interior de una jurisdicción interna es materia de valoración por parte de jurisdicciones arbitrales internacionales *privadas* y a iniciativa y requerimiento de una empresa transnacional privada. Tradicionalmente muchos de los conflictos de tratamiento a la inversión extranjera privada que eran sometidos a jurisdicción internacional, se activaban por obra de la protección diplomática generando un diferendo siempre entre Estados. Si se quería reclamar la responsabilidad internacional de un Estado por la violación de algún principio de derecho internacional, al particular afectado no le quedaba sino esperar que su propio Estado tomara la iniciativa de asumir el reclamo. El caso *Barcelona Traction*⁸ resulta en ese sentido muy paradigmático, pues es nada menos que en la Corte Internacional de Justicia (CIJ) que se discute una materia (responsabilidad internacional por denegación de justicia), que hoy muy bien podría ser de competencia de un Tribunal Arbitral constituido al amparo del sistema del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). En *Barcelona Traction* la CIJ no llegó a abordar el asunto de fondo en sentido estricto, por cuanto consideró que el Estado demandante (Bélgica) no era el habilitado a ejercer la protección diplomática, pues en una de las contribuciones más relevantes de esa jurisprudencia al derecho internacional se confirmó que el vínculo de nacionalidad de una empresa se determina en circunstancias normales por el lugar de su constitución o sede social (en

⁸ Ver F. NOVAK, «Caso Barcelona Traction Light and Power Company Limited : España vs Bélgica (1970)», *Agenda Internacional*, Año 4, No. 8. Lima: Instituto de Estudios Internacionales (PUCP), 1997, pp. 77-115.

el caso Canadá) y no por la nacionalidad de las mayoría de sus accionistas como había sido el caso.⁹

La aparición en la escena internacional del individuo o grupos de individuos ha hecho irreversible la posibilidad de que estos puedan llevar a los Estados a cortes o tribunales internacionales competentes para conocer denuncias de violaciones de derechos humanos, obligándolos incluso a modificar la legislación doméstica a partir de consideraciones, principios o costumbre internacional. En este aspecto, la reciente experiencia del Perú con la caída del régimen de Fujimori resulta sumamente ilustrativa, pues como resultado de diferentes acciones promovidas por individuos y Organizaciones No Gubernamentales, el Estado se vio forzado a modificar la legislación antiterrorista.¹⁰

La acción de las organizaciones internacionales también es parte de esta nueva evolución del Derecho Internacional, con solo constatar el continuo liderazgo que asumen y reasumen organizaciones como el Fondo Monetario Internacional o el Bank for International Settlements (BIS) en la solución de las cíclicas crisis financieras del tercer y el primer mundo y la reforma de los sistemas bancarios y financieros nacionales. La integración europea y la liberalización del tratamiento de la inversión extranjera en América Latina confirman esta preponderancia de las organizaciones internacionales en la armonización de reglas económicas a nivel transnacional, pero sobre todo —esa es la particularidad— a nivel interno.

Todo este proceso no solamente modifica relaciones jurídicas o ámbitos competenciales, sino que sobre todo transforma continuamente a los propios sujetos y muy particularmente a aquél en torno al cual se construye el Derecho Internacional desde el siglo XVI: el *Estado nacional*. Y claro, a primera vista si se toma en cuenta que la aparición de los Estados nacionales opera a través de un proceso de centralización del poder político y económico de los reinos europeos en contraposición al modelo imperial o la influencia del papado en las relaciones internacionales, en el siglo XX operará un desbor-

⁹ La CIJ comparó las teorías de la constitución y del control (mayoría de accionistas) para determinar el vínculo de la nacionalidad y optó por la primera, aunque señaló las circunstancias especiales en que la segunda podía prevalecer tales como aquellos casos en que el estado cuestionado era el mismo que el de la constitución o si la discusión refería específicamente a los derechos de los accionistas. Sin embargo, en el capítulo de inversiones de los TLCs que actualmente viene suscribiendo los Estados Unidos con países Latinoamericanos se adopta conjuntamente ambas teorías para definir la nacionalidad. 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 11, No. 24. Lima: Instituto de Estudios Internacionales (PUCP), 2007, 203.

¹⁰ Ver párrafo 32 de Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2003 (Caso Loayza Tamayo, Cumplimiento de Sentencia). <http://190.41.250.173/RIJ/BASES/jurispl/loayzac.htm>

dante proceso inverso que nos llena de preguntas. La aparición de los Estados nacionales trajo consigo a grandes teóricos de la soberanía del Estado, como Grocio, Boudin y a los propios padres de la Escuela de Salamanca como Francisco Vittoria, que trataron de explicar y justificar el fenómeno político, económico y social de la centralización del poder y la relación entre soberanos en la escena internacional.¹¹ Esta suerte de internacionalización del derecho doméstico y la transformación o *pérdida* de soberanía de los Estados aparece hoy como un fenómeno a escala mundial sino equivalente, cercano al de los padres del derecho internacional.

El profesor Raustiala tiene al respecto un interesante enfoque,¹² que sintetizo en dos puntos: (i) La discusión sobre la pérdida de la soberanía, más que una dicotomía entre si existe o no poder público que en alguna medida u otra regule las relaciones económicas transnacionales, es más bien una sobre dónde se le ubica o dónde resulta más efectiva para proteger a los individuos y a las colectividades (¿en Nueva York, Bruselas, Madrid, Santiago, Lima, Cuzco o la Paz?) y (ii) las organizaciones internacionales —lejos de afectar indefectiblemente la soberanía de los Estados— pueden incluso fortalecerla frente a la influencia o presión de los grupos de poder, nacionales y transnacionales (Raustiala los califica como *rent seekers*). Ello requerirá sin embargo adecuados mecanismos de transparencia y fiscalización, para no reproducir a nivel internacional o federal las ineficiencias domésticas o la *captura* del nuevo y descentralizado poder público internacional.

Hay que considerar que por definición el derecho internacional o el orden jurídico internacional supone una limitación a la soberanía de los Estados nacionales en el entendimiento de que existen reglas o principios aun superiores. Así lo entendió el propio Kelsen¹³ y es la base de la teoría de las fuentes del derecho internacional que reconoce las reglas *Jus Gogens* (principios inmodificables por los Estados), o el propio derecho internacional consuetudinario, generado por una práctica constante y extendida entre la mayoría de Estados sin que sea absolutamente unánime.¹⁴ Entonces, la internacionalización del derecho interno no es del todo ajena a nuestra cultura jurídica, como no lo es la armonización legislativa voluntaria entre Estados. Baste considerar la propagación de sistemas jurídicos a través de las familias jurídicas romano civilista, anglosajona o islámica a lo largo de la historia.

¹¹ Q. D. NGUYEN, P. DAILLIER & A. PELLET, «Droit International Public,» Paris: L.G.D.J., 1999, pp. 50-56.

¹² K. RAUSTIALA, «Rethinking the sovereignty debate in international economic law», *Journal of International Economic Law* 6 (4), 2003, 844-849.

¹³ Hans Kelsen, «Teoría pura del derecho» (editorial universitaria de Buenos Aires, 1975), p. 191.

¹⁴ Ver D. CARREAU, «Droit International» (Pedone, 2007), pp 246-267.

II. La evolución del DIE y la comunidad de derecho en la Unión Europea (una dinámica de *Hard law*)

Empezamos señalando que la Unión Europea es una construcción jurídica fundada en los instrumentos y fuentes básicos del derecho internacional, los tratados. Sin embargo, el derecho comunitario europeo tiene características tan singulares y complejas que él mismo también está contribuyendo a la transformación del Derecho Internacional. Para los propios políticos europeos no ha sido fácil comprender y por su puesto reconocer las implicaciones de la Europa *jurídica*. Al General De Gaulle por ejemplo, se le atribuyen las mayores diatribas hacia el poder de los órganos supranacionales; no obstante él mismo le dio al proyecto europeo un influjo (que se sigue recurriendo hasta nuestros días) cuando tomó la iniciativa de acercarse a la Alemania de Konrad Adenauer. De Gaulle fue además perfectamente consciente —como lo sugiere su Ministro Alain Peyrefitte— de los rumbos supranacionales en los que habría de derivar Europa.¹⁵ De la misma forma el presidente Mitterrand, durante la campaña por la ratificación del Tratado de Maastricht en 1992, militó activamente por el sí pero repetía que la política monetaria europea sería definida por los gobiernos de los Estados miembros.¹⁶ Y aunque hoy algunos lo lamenten, estuvo muy claro en el texto del Tratado de Maastricht que la política monetaria europea sería conducida de manera autónoma por el Banco Central Europeo.

Deseamos situar nuestra reflexión sobre el Derecho Comunitario Europeo y su contribución a la evolución del Derecho Internacional Económico a través de dos ejercicios: repasar lo esencial de su enfoque de convivencia entre Estados nacionales y organizaciones comunitarias y —con un propósito más bien *empírico*— comentar los retos del sistema de coordinación de las políticas económicas internas.

1. *Un orden jurídico superior que combina la acción comunitaria y la acción nacional: fisura en el Derecho Internacional*

Un primer elemento especialismo en la creación y aplicación del Derecho Comunitario Europeo es la concurrencia —casi simultánea— de la acción interestatal o *intergubernamentalismo* (negociación y suscripción de tratados), la acción normativa de las organizaciones comunitarias que

¹⁵ A. PEYREFITTE, «C'était de Gaulle» (La France reprend sa place dans le monde), (éditions de Fallois/ Fayard, 1994), pp. 350-386.

¹⁶ R. CHEMAIN, «L'Union Économique et Monétaire, Aspects Juridiques et Institutionnels» (Paris, Pedone 1996), pp. 355-356.

podría aproximarse al *funcionalismo* de los organismos internacionales y la acción propia de los Estados nacionales. Para muchos comentaristas —como refiere Smouts— en cada avance hacia la Unión Europea hay una parte de intergubernamentalismo y otra de neo-funcionalismo, *una parte de voluntad consciente de los Estados y una parte de racionalidad tecnocrática*.¹⁷ Hay que recordar que el *funcionalismo*, en una de sus acepciones, es entendido como característica esencial de las organizaciones económicas internacionales nacidas con los Acuerdos de Bretton Woods y que se refiere a la *autonomía* (presupuestaria y funcional respecto del Sistema de Naciones Unidas) de estas organizaciones y su capacidad de crear normas y sobre todo de influir en las reformas legislativas y económicas domésticas, gracias a sus funciones operativas (financiamiento y asistencia técnica).¹⁸ En la teoría del Derecho Comunitario Europeo también hay una utilización directa del concepto de *funcionalismo*, como una novedosa forma de acción colectiva a través de instituciones comunes.¹⁹

Es precisamente por esta convivencia jurídica múltiple, basada en la preeminencia del Derecho Comunitario, que Papadopolou utiliza el término *fisura* en los cánones clásicos del derecho internacional. Señala que la originalidad de la construcción europea, en el contexto del funcionamiento de un gobierno post-nacional y no puramente supranacional, es que los Estados siguen siendo soberanos, aun habiendo transferido sus competencias a la Comunidad en dominios tan sensibles como la política agrícola o la política monetaria.²⁰

A diferencia de lo que podría ocurrir en otros dominios *abiertos* del derecho internacional, como el derecho monetario internacional o el derecho

¹⁷ «La complementaridad aparente de los dos enfoques que constatamos hoy, solo se puede operar al precio de una renuncia a los postulados básicos de cada uno. El intergubernamentalismo parte de la convicción de que el Estado se encuentra en capacidad de resistir todas las peripecias y de sobrevivir a todos los intentos por substituirlo. El neo-funcionalismo estima al contrario que el Estado está destinado a hacerse a un lado ante instituciones supranacionales apoyadas por élites y grupos de interés transnacionales. La coexistencia de estas dos lógicas muestra la gran confusión intelectual en la que se encuentra el análisis de la construcción europea.» M.-C. SMOUTS, supra 6, pp. 25-26.

¹⁸ S. ZAMORA, «Economic Relations and Development», pp. 509-513, en SCHACTER, O. y JOYNER, C. (eds.), *The United Nations Legal Order*, Vol. I. New York, 1995). Ver también H. HILLGENBERG, «A Fresh Look at Soft Law», *European Journal of International Law* (1999), Vol.10 No. 3, 499-515.

¹⁹ Gérard SOULIER, «Histoire de la construction Européenne» Union Européenne, LexisNexis SA —2006— Fasc 161, (4).

²⁰ R.-E. PAPADOPOULOU, «Souveraineté et surveillance dans le cadre de la communauté européenne ou comment concilier deux exigences contradictoires» (questions intéressant l'europe), *Annuaire Français de Droit International*, LI —2005— CNRS Éditions, Paris, 699-700

internacional de la inversión extranjera, la concurrencia o coexistencia de la acción normativa de los organismos internacionales (en este caso comunitarios) y la de los Estados nacionales obedece a un deliberado objetivo de *coherencia* y a una serie de mecanismos jurídicos para implementarlo y fiscalizarlo, como son la primacía del derecho comunitario, el efecto directo de las Directivas Europeas y la acción del Tribunal Europeo de Justicia. Hay en consecuencia tres niveles de producción normativa en búsqueda de una coherencia propia de una *comunidad de derecho*, de modo tal que la primacía del derecho comunitario debe ser garantizada por los Estados nacionales y al punto que el Juez nacional también controla su implementación.²¹

Como lo ha recordado en numerosas oportunidades el Tribunal Europeo de Justicia, los Estados no pueden oponer su propio derecho al de la comunidad. *La fuerza ejecutiva del derecho comunitario no debe variar de un Estado a otro como consecuencia de la legislación interna, de lo contrario se pone en peligro la realización de los objetivos de la comunidad... La transferencia del orden jurídico en favor del orden comunitario supone una limitación definitiva de sus derechos soberanos, como es el de hacer prevalecer [internamente] un acto unilateral sobre una norma comunitaria.*²²

De igual manera, el efecto directo de las Directivas Europeas —como también lo ha dicho el Tribunal Europeo de Justicia en su pronunciamiento fundador— no sólo está basado en la necesidad de la coherencia, unidad y efectividad, sino también en la *antropología* que guía al proyecto en su conjunto. La construcción europea supone la implicación de los individuos como receptores del derecho comunitario. 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.*²³

Una última consideración sobre las novedades que aporta el Derecho Comunitario Europeo es que la supervivencia de las competencias nacionales en materias de exclusiva o concurrente competencia con la Unión Europea es limitada y sobre todo sujeta a una permanente supervisión. Así tenemos no solamente el efecto directo, sino las propias directivas de armonización que en las materias técnicas establecen reglas tan detalladas que a la postre dejan a los Estados miembros un margen muy limitado de discre-

²¹ Id., p. 707.

²² Decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de Julio de 1964 (*Costa c/ Enel*: Rec: CJCE). Ver R MEHDI, «Primauté du droit communautaire» *Ordre Juridique Communautaire*, LexisNexis SA 2006, Fasc. 161-33-22.

²³ Decisión CJCE de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos*.

cionalidad para efectuar la transposición.²⁴ Igualmente, el Principio de subsidiariedad pensado por algunos como un instrumento de protección de los Estados miembros (*la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros...*),²⁵ permite también una justificación de la extensión de las competencias comunitarias cada vez que resulta que la acción en cuestión, por su dimensión o sus efectos, puede ser mejor realizada a nivel colectivo.²⁶

En suma, la Unión Europea, como expresión de la evolución del derecho internacional, constituye un orden jurídico *superior* que se implanta directamente en los sistemas jurídicos nacionales, con la acción mutua de Estados y organismos comunitarios, en la búsqueda permanente de coherencia.

2. *El reto de la internacionalización (comunitarización) de las políticas económicas nacionales*

Como hemos señalado, la singularidad y *fisura* del Derecho Comunitario Europeo no sólo se expresa en la forma de generar normas jurídicas (conurrencia de acciones normativas a diferentes niveles), sino también en las áreas domésticas en las que ingresa y entre éstas la conducción y ejecución de políticas macroeconómicas, lo que supone un cambio importante para el derecho internacional. Ello resulta más que evidente si se repara en que la capacidad *legal* (sobre todo constitucional) y material de los Estados nacionales para diseñar y ejecutar políticas económicas a nivel *macro*, ha ocupado gran parte de la historia económica del siglo XX y ha servido para consolidar y centralizar su poder.

Durante el siglo XIX no era frecuente imaginar que un ministro de economía y finanzas se planteara la posibilidad de controlar perfectamente la demanda agregada, o ejecutar una política coyuntural modificando los ingresos y gastos del Estado y variando las tasas de interés.²⁷ La puesta en práctica del intervencionismo Estatal en los países ajenos a la órbita de la URSS va irrumpir en gran medida con el *New Deal* del presidente Roosevelt

²⁴ PAPADOPOULOU, *supra* 19, p. 705.

²⁵ Artículo 5 del Tratado de Lisboa.

²⁶ R. CHEMAIN, *supra* 16, p. 285.

²⁷ A partir de los años treinta que se desarrollarán políticas de crédito y políticas fiscales SCHNEIER, E., «L'état et l'économie» in RUEFF, J., *Les fondements philosophiques des systèmes économiques: textes de Jacques Rueff et essais rédigés en son honneur*, 23 août 1966, Paris: Payot, 1967, pp. 344-345.

y la multiplicación de las *agencies* del Gobierno. Llama primariamente la atención cómo uno de los novísimos mecanismos de fortalecimiento del Estado nacional termine atrapado, o más precisamente limitado, en la órbita de la comunitarización y en un período relativamente corto. A la luz de la actual crisis financiera europea generada en gran medida por los desbalances de las políticas fiscales domésticas, podemos intuir que los mecanismos de control y límite todavía no operan en los niveles esperados, lo que no quiere decir que la construcción europea no camine en esa dirección si tenemos en cuenta los principios de base de la creación del mercado interior y las ideas que lo inspiran.

Así pues, los tratados comunitarios han venido recogiendo, como ha ocurrido con la Constitución Europea y el Tratado de Lisboa, referencias a la expresión *Economía Social de Mercado* que, como veremos, es mucho más que un enunciado retórico, precisamente por sus consecuencias concretas en el diseño general de la Unión. El artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea señala que *La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva...*²⁸ Si se revisan los antecedentes de este concepto, lo encontraremos bajo la fórmula del *ordoliberalismo* propuesto por un círculo de alemanes católicos antes de la Segunda Guerra Mundial y liderados por Walter Eucken (escribe su libro *The Foundations of Economics* en 1930). El ordoliberalismo o Economía Social de Mercado es implementado años más tarde por Ludwig Erhard, primero como ministro de Konrad Adenauer (1949-1963) y más tarde como canciller (1963-1966), bajo una idea de una asociación entre la libertad política y económica y el *estado de derecho*. Lo particular es que el estado de derecho (*Rechtsstaat*) no se articula únicamente con la protección de los derechos individuales y colectivos sino también con un *orden* macroeconómico garantizado por el poder público, de lo que se deriva al concepto de *Constitución Económica*. Lejos de un anti-estatismo, el ordoliberalismo propone que el poder público garantice *constitucionalmente* la estabilidad monetaria, el libre acceso a los mercados, la propiedad privada de los medios de producción, la libertad de los contratos y sobre todo la *constancia en las políticas macroeconómicas económicas*.²⁹ Es precisamente alrededor de este último elemento que se construye la supervisión del equilibrio fiscal, por los efectos perturbadores

²⁸ En el objetivo I-3 de la Constitución Europea hay un texto similar.

²⁹ LATOURNALD, A.-G., *L'ordolibéralisme, les linéaments d'une synthèse entre l'histoire, le droit et l'économie politique*, Mémoire DEA, Histoire de la pensée économique et Epistémologie, Paris I, (direction: Françoise Duboeuf), septembre 1995, Paris, p. 29.

que pueden crear en la economía de los individuos la inflación y las crisis financieras del poder público.

No debe sorprender entonces que la creación del mercado interior europeo tenga como elemento subyacente la garantía de un *orden constitucional económico*, aún sin duda en proceso de consolidación en un contexto en el que comparten competencias órganos comunitarios y Estados nacionales. Los artículos 2 y 5 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea señalan que los Estados miembros *coordinarán sus políticas económicas* y que con este fin *el Consejo adoptará medidas, en particular las orientaciones generales de dichas políticas*, lo que se encuentra ampliamente desarrollado en el artículo 121 bajo el mecanismo del control multilateral. De este modo, *cuando se compruebe que la política económica de un Estado miembro contradice las orientaciones generales mencionadas en el apartado 2 o puede poner en peligro el correcto funcionamiento de la unión económica y monetaria, la Comisión podrá dirigir una advertencia a dicho Estado miembro*.³⁰

Otro medio de control comunitario de las políticas económicas domésticas son las diversas medidas que prevé el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea para el caso de los *déficits públicos excesivos*. Estos empiezan con la determinación de dos criterios de observancia de la disciplina presupuestaria: un valor de referencia de la relación déficit público/PBI y otro de la relación deuda pública/PBI. El incumplimiento de estos criterios determina la elaboración de informes de la Comisión Europea, que son dictaminados por el Comité Económico y Social, para la resolución final del Consejo respecto a si se ha incurrido o no en déficits excesivos, que deben incluir recomendaciones de obligatorio cumplimiento. Ante la persistencia de la situación no corregida, el Estado miembro es susceptible de recibir sanciones que incluyen la interrupción de préstamos del Banco Europeo de Inversiones, la obligación de constituir un depósito sin devengo de interés o simplemente la imposición de multas.³¹

Ahora bien, este andamiaje de supervisión de las políticas económicas ha existido desde antes del Tratado de Lisboa y ha tenido sus momentos críticos. A raíz de la suspensión del procedimiento seguido por el Consejo contra Francia y Alemania en el año 2003, que motivó una demanda de la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea precisó que el sistema de prohibición de déficits públicos excesivos constituyen obligacio-

³⁰ El artículo 121 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece un procedimiento detallado que se inicia con la determinación de orientaciones generales de políticas económicas, cuyo cumplimiento es sometido a un control supranacional que incluye una fase de recomendaciones.

³¹ Artículo 126 del TFUE.

nes jurídicas señalando que este sistema tiene un carácter obligatorio que se impone no solamente a los Estados, sino también a las instituciones comunitarias, incluyendo al Consejo, el que no se debe exonerar de las reglas ni recurrir a vías alternativas.³² Incluso hoy mismo, resulta necesario esclarecer la efectividad de estos mecanismos en el contexto de la crisis fiscal de Grecia y las preocupantes señales en países como España, Portugal y la propia Inglaterra. ¿Por qué resultan sorprendentes las cifras sobre desajuste fiscal en algunos países miembros, si las coordinaciones y compromisos de convergencia deben ser supervisados con la misma agudeza que la transposición nacional del derecho comunitario?

La respuesta a esta interrogante requiere un análisis riguroso, que no tenemos la pretensión de desarrollar aquí, pero sí cabe remarcar desde nuestro enfoque jurídico que las normas de los Tratados comunitarios y los fundamentos que las inspiran han construido un sistema en el que la estabilidad macroeconómica de todo el espacio europeo es una inevitable suma de partes; de modo que conforme se avance en la profundización del mercado interior los efectos de una crisis fiscal, financiera o real en uno de sus miembros afectará también y con mayor profundidad al resto. Y este efecto en cadena está ligado a la profundización del mercado común que es el verdadero motor de la evolución del derecho comunitario, como reseñamos en el siguiente ejemplo.

Durante los años del Tratado de Roma, el principal objetivo de las políticas comunitarias fue facilitar el libre movimiento de bienes, servicios y personas a través de las fronteras nacionales y crear el Mercado Único. Lo interesante es que la consolidación progresiva de las libertades de circulación ha ido generando nuevas libertades y ampliando el contenido económico del Mercado Único y en consecuencia interconectando más profundamente las economías de los países miembros. Como lo apunta el profesor Patrick Juillard, cuando la Unión Europea concretiza definitivamente la integración comercial, las libertades financieras se convierten en motor de una nueva evolución. En 1988 la Comisión europea aprueba la Directiva n.º 88/361/CEE que consagra la completa liberación de movimientos de capitales, la que de ser una libertad secundaria en relación a la integración comercial, se convierte en el nuevo impulso de la integración bancaria y financiera.³³ En ese momento, la integración monetaria deviene en una consecuencia absolutamente lógica, pues ante un solo espacio económico en que circulan libremente bienes, servicios, capitales y personas es razonable que el instrumento monetario tenga que ser único. Esto último retroali-

³² PAPADOPOULOU, *supra* 19, pp. 722-723

³³ JUILLARD, P., «Libre circulation de capitaux — introduction générale — stipulations du Traité de Rome» (*Circulation de capitaux*), *Jurisclasseur Europe*, 1988, fasc 900, p. 9.

mentará la necesidad de coordinar las políticas económicas y precipitará al mismo tiempo una reforma institucional en el seno del sistema monetario al crear el Banco Central Europeo. Hay que recordar además que en el año 2000 se aprueba la Agenda Lisboa, adoptándose un programa de 10 años para la implementación de 42 medidas orientadas a fortalecer la Industria Financiera Europea y consolidar definitivamente un espacio financiero europeo, que no podrá generar nuevas evoluciones en un contexto en que la estabilidad fiscal de los países miembros no se encuentre completamente asegurada.

III. La vía Latinoamericana de la liberalización por los caminos del *Soft law*

Luego de estas reflexiones sobre la naturaleza jurídica del Derecho Comunitario Europeo, una mirada paralela del proceso latinoamericano nos hace pensar inmediatamente en los *criterios de adhesión* a la Unión Europea³⁴ (aunque técnicamente hablando la adhesión no es el camino previsible) y más específicamente al criterio económico: *La existencia de una economía de mercado viable, así como la capacidad de hacer frente a la presión competitiva y las fuerzas del mercado dentro de la Unión*. Ocurre que América Latina, a partir de los años ochenta experimenta un impresionante y generalizado proceso de transformación económica hacia la apertura económica y la economía de mercado, después de los años de inflación y crisis financiera, proceso que es relativamente homogéneo y directamente impulsado, como señalamos al inicio, por organizaciones económicas internacionales como el FMI, el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo. Ello estará aunado al contexto mundial atizado por la caída del régimen soviético y el impulso de la Unión Europea también de fines de los ochentas. Se desata entonces una generalizada euforia liberal de Norte a Sur y las estatizaciones de los años revolucionarios se transforman en proyectos privatizadores y un franco proceso de estabilización macroeconómica en la mayoría de países. Cabe destacar sin embargo que la generalizada euforia liberal de los noventa ha tenido su relativización (pero de ningún modo su fin) con los procesos políticos y económicos de países que de alguna manera siguen el liderazgo de la Venezuela de Hugo Chávez.

Los procesos políticos además durante los últimos años en América Latina han estado marcados por una complejidad aún mayor y aunque requieren de un análisis específicos, no pueden ser ignorados si consideramos

³⁴ Criterios de Copenhague. Consejo Europeo, Junio 1993 (precisados en Madrid 1995)

que los *criterios de adhesión* incluyen uno político: *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*. Hoy por hoy las dictaduras militares de los años setentas no son la regla y prácticamente en toda la región —con algunas excepciones— se están sucediendo gobiernos democráticamente elegidos. Ello sin duda constituye un avance muy significativo. Sin embargo, el descrédito general de la política y la crisis de representación (debilitamiento de partidos políticos en las mayoría de países y surgimiento de liderazgos o caudillismos de coyuntura) y la persistencia de profundas desigualdades socio-económicas,³⁵ está impidiendo que la integración económica de América Latina con el mundo esté acompañada —al mismo ritmo— de una consolidación de sistemas políticos estables y legitimados por la opinión pública. Con un ingrediente de desaconsejable fatalismo, en América Latina se suele comentar que al *éxito* macroeconómico y a la apertura de las inversiones en la mayoría de países, no le sigue la madurez política y social o que sus logros en la política no alcanzan a aquellos en el arte y la literatura.³⁶

Es posible que este *déficit* político de la apertura económica en América Latina explique en parte sus dificultades para desarrollar un proyecto de integración regional, con las características jurídico-institucionales de la Unión Europea, según hemos reseñado precedentemente y el hecho de que su homogenización (en gran número de países) sea producto del *soft* y no del *hard law*. De hecho, si tenemos en cuenta el texto del Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) suscrito en Brasilia el 23 de mayo de 2008,³⁷ que es evidentemente un paso político tras-

³⁵ De acuerdo al Índice de Oportunidad Humana (IOH) 2010 del Banco Mundial, presentado en Madrid en mayo de 2010, América Latina ha crecido en los últimos 15 años a un ritmo de un punto porcentual por año, con lo cual la universalización de los servicios básicos podría tardar hasta una generación —es decir, 24 años— en llegar a todos los latinoamericanos. (<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/EXTSPPAISES/LACINSPANISHEXT/0,,contentMDK:22579687~pagePK:146736~piPK:146830~theSitePK:489669,00.html>)

³⁶ «Desde el inca Garcilaso de la Vega y Sor Juana Inés de la Cruz hasta los poemas de Vallejo, Neruda, Octavio Paz, nuestra literatura ha edificado una América Latina de ficción a la altura del paradigma que vieron en ella los primeros europeos que desembarcaron aquí. En el campo político, en cambio, en el que conviene discernir con claridad lo que separa a la realidad con la ficción, esta tendencia ha resultado catastrófica [...] Lo que ahora necesitamos es que América Latina lleve a cabo en el ámbito político y social las mismas proezas que sus creadores han realizado en el dominio de la literatura, la plástica, la música y el cine.» Mario VARGAS LLOSA, «Sueño y Realidad de América Latina», pp. 39, 54 (Fondo Editorial PUCP, 2009).

³⁷ Los países signatarios del Tratado de UNASUR son Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela. El caso de la integración centroamericana a través del Sistema de la Integración Centroamericana

cidental y que tendrá que evolucionar, está planteado bajo un esquema básicamente intergubernamental.

El artículo 2 del Tratado de UNASUR sintetiza la ambición del proyecto y sus naturales limitaciones institucionales (si piensa en la concurrencia normativa de Estados y órganos comunitarios del Derecho Comunitario Europeo): *La Unión de Naciones Suramericanas tiene como objetivo construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados*. El propio artículo 12 del Tratado señala categóricamente que toda la normativa de UNASUR se adoptará por *consenso*. Y si al mismo tiempo se considera la interesante evolución de los procesos de la Comunidad Andina (CAN) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) que deberán integrarse al proyecto sudamericano, se constata que una de las dificultades centrales de ambos procesos descansa en la reiterada aprehensión de los Estados miembros a transferir competencias a los órganos *comunitarios*.³⁸

1. *El cómo y el porqué del soft law en la liberalización económica*

No es nuestro propósito realizar un análisis comparativo entre Derecho Comunitario Europeo y el derecho comunitario de los diversos esfuerzos de integración en América Latina. Más bien, queremos identificar lo esencial de una forma alternativa de *homogenización* y si se quiere de relativa *armonización*, del proceso de apertura y liberalización económica en un buen número de países de América Latina. Decimos *alternativa* porque no se ha implementado con los instrumentos formales-coercitivos del derecho comu-

(SICA) ha sido mas significativo, aunque la regla del consenso para las decisiones de los órganos del subsistema económico, también fue recogida en el Tratado constitutivo (artículo 52 del Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centro Americana, *Protocolo de Guatemala*).

³⁸ Sobre la historia institucional de la CAN y MERCOSUR y sus perspectivas en UNASUR sugerimos la tesis de Jimena Solar, «Análisis de la Evolución de los Órganos de la Comunidad Andina y del Mercado Común del Sur: Fortalecimiento, Convergencias y Sinergias en la Unión de Naciones Suramericanas» Tesis para optar el Título de Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú (16 de Junio de 2010). ALGUNA REFERENCIA A LA INTEGRACIÓN EN CENTROAMÉRICA.

nitario y el derecho internacional, sino más bien por la vía de la persuasión y estandarización (*Soft Law*). Ya hemos señalado también que esta técnica no es ajena al derecho internacional económico contemporáneo (y a la propia práctica europea) e incluso, tiene conexiones con algunas prácticas del clásico. Recuérdese que la *modelización* en materia sobre todo económica no siempre ha requerido de enunciados *ideológicos* en Tratados Internacionales o Constituciones Políticas.³⁹ Este es el caso del sistema de Patrón Oro que imperó en una buena parte del mundo durante el siglo XIX, consagrándose en diversas constituciones nacionales y permitiendo una integración financiera que se anticipó a nuestros días. El sistema de patrón Oro devino en una práctica casi universal, sin suscribirse un tratado multilateral como los que vendrían al final de la Segunda Guerra mundial.⁴⁰

La gama de mecanismos que conforman el *soft law* tienen como punto central el hecho de que no comprometen la responsabilidad internacional de los Estados, pues no se está frente a una obligación jurídicamente vinculante. Más aún, las recomendaciones o estándares (por ejemplo, las recomendaciones sobre la supervisión bancaria del Comité de Basilea,⁴¹ las líneas directrices del Banco Mundial relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa⁴² o los códigos de conducta del FMI sobre transparencia de la política fiscal⁴³) son suficientemente flexibles para adaptarse a cada circunstancia e incluso van evolucionando en el tiempo como resultado de su aplicación general e intercambio de experiencias (es el caso precisamente de las reglas de Basilea). Pero el incumplimiento del *soft law*, si bien no acarrea consecuencias jurídicas directas sí puede tener efectos económicos, políticos o de credibilidad, que en algunas ocasiones brindan un efecto mayor que la norma jurídica internacional. Los países europeos han tenido una importante experiencia con el *Soft Law* a través de la acción de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OECD)⁴⁴ y —como ya señalamos— al interior del propio Derecho Comunitario Europeo, que

³⁹ El artículo 58 de la Constitución Política Peruana, como el Tratado de la Unión Europea define el modelo económico como el una economía social de mercado.

⁴⁰ Ver CARREAU, D., *Souveraineté et coopération monétaire internationale*, p. 43 (Paris: Cujas, 1970). De hecho la práctica universal del patrón oro facilitó intentos de integración monetaria en el siglo XIX, como la Unión Latina.

⁴¹ Ver G. HEINRICH, «Determinación de estándares internacionales. Hacia la certidumbre jurídica y la estabilidad financiera», pp. 120-150 en *Panorama Internacional de Derecho Mercantil, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Tomo I (UNAM, México 2006).

⁴² *World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, 1992. Ver I. F. I. SHIHATA, «Legal treatment of foreign investment: the World Bank guidelines» (Martinus Nijhoff, 1993).

⁴³ CÓDIGO REVISADO DE BUENAS PRÁCTICAS DE TRANSPARENCIA FISCAL (2007) en <http://www.imf.org/external/np/fad/trans/spa/codes.pdf>

⁴⁴ Por ejemplo, el Código de liberalización de movimientos de capitales.

recurre a la figura de las *recomendaciones* de sus diversas instituciones y órganos.

Tanto en la doctrina como en la práctica del derecho internacional se considera a los denominados *Actos concertados no convencionales* (o *non-binding agreements*), con características similares al Soft Law, pues vinculan a los Estados por el principio de buena fe, facilitan los procesos de negociación en materias complejas que requieren de mayor tiempo para alcanzar acuerdos formales y definitivamente permiten coordinar la armonización de la legislación interna, evitando los largos procesos de aprobación y ratificación de los tratados.⁴⁵

2. Liberalismo y apertura: el cambio de paradigma

La crisis de la deuda de América Latina, que se inicia con el anuncio de la moratoria de Méjico (1982), es parte de un problema global que comprende inflaciones en el primer mundo (y aumentos en la tasa de interés) y una combinación de crisis estructurales en la balanza de pagos y agudos déficits fiscales en el tercero. La respuesta a la crisis va a coincidir con una serie de fenómenos y reacciones que a la postre precipitarán un cambio de paradigma de las políticas económicas nacionales a nivel global. En el terreno de las negociaciones comerciales, tendremos el relanzamiento de la ronda de Uruguay en las negociaciones multilaterales del GATT y al interior de los países industrializados, la aplicación de sendos programas de estabilización económica y financiera. En el caso específico de los Estados Unidos, nos referimos a los años de la *desregulación* bancaria y financiera y a nivel europeo, a la aplicación de programas de ajuste económico complementados con sendos programas de privatización en países como Inglaterra y Francia. Además, en 1986 la construcción europea ingresa en una nueva evolución con el lanzamiento del Plan Delors, que concluirá con la aprobación del Tratado de Maastricht y la creación de la Unión Económica y Monetaria Europea (1992).

América Latina será parte del cambio de paradigma económico, en el contexto de su salida de la crisis financiera y a partir de los años noventa la mayoría de países ingresa a una abierta competencia por atraer inversiones extranjeras. Este momento también coincide con un cierto nivel de consenso en la teoría económica y más específicamente en la teoría monetaria, cuando se reconoce la separación entre política fiscal y monetaria, en el sentido de que la primera corresponde a la acción redistributiva del Estado

⁴⁵ Q. D. NGUYEN, P. DAILLIER & A. PELLET., *supra*, pp. 384-389.

y la segunda, única y exclusivamente a la preservación de la estabilidad de precios. Este último concepto (en favor de los monetaristas vis-à-vis los keynesianos) coadyuvará con la diseminación del modelo del banco central independiente. Todo este proceso estará acompañado por la acción de las organizaciones internacionales, de modo que diferentes reformas legislativas y acciones de política económica, serán el resultado de recomendaciones, visitas técnicas o programas de asistencia técnica aunados a financiamiento internacional.⁴⁶ Aspectos como las reformas institucionales ligadas al equilibrio fiscal y la administración tributaria, la administración y gestión de la tesorería del Estado, la reforma de la regulación y supervisión bancaria y la independencia del Banco Central, fueron parte de los programas de ajuste económico supervisados y asistidos por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. En el caso específico de la regulación bancaria y financiera, la mayoría de países de América Latina adoptó las recomendaciones de la Comité de Basilea de supervisión bancaria, modificando las legislaciones y regulación en materia bancaria y financieros. Estos procesos han sido y continúan siendo objeto de evaluaciones periódicas del FMI.

La reforma de un gran número de Bancos Centrales de América Latina, a fin de establecer constitucional y legalmente un estatuto de independencia respecto de los poderes públicos, también ha jugado un rol determinante en el proceso de estabilización económica y reforma institucional. Por ejemplo, la prohibición de financiamiento monetario al tesoro público, en términos análogos al recogido en el artículo del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se encuentra recogido en la mayoría de constituciones políticas, del mismo modo que la autonomía presupuestaria y funcional de los bancos centrales para conducir y ejecutar la política monetaria.⁴⁷

En lo que concierne al tratamiento de la inversión extranjera también se produce una dramático cambio de actitud en la mayoría de países de América Latina. De una visión que durante muchos años reclamó el sometimiento de la inversión extranjera a la ley y jurisdicción de los países receptores de la misma, cuyas máximas expresiones fueron la doctrina Calvo⁴⁸

⁴⁶ Ver Ernesto AGUIRRE, «El proceso de reforma de los bancos centrales en América Latina» in AGUIRRE, E., JUNGUITO, R. et MILLER, G., *La banca central en América latina, aspectos económicos y jurídicos*, Bogota: Tercer Mundo editores, 1997, pp. 6-9. Las principales reformas se llevan acabo en Chile (1989), El Salvador (1991), Argentina (1992), Colombia (1992), Ecuador (1992), Nicaragua (1992), Perú (1992), Venezuela (1992), and Bolivia (1993), México entre otros.

⁴⁷ Ver M. MONTEAGUDO, «Neutrality of Money and Central Bank Independence» en INTERNATIONAL MONETARY AND FINANCIAL LAW The Global Crisis (M. GIOVANOLI y D. DEVOS eds.), (Oxford, 2010).

⁴⁸ En reacción al uso de la fuerza de los Estados extranjeros para proteger sus inversiones en América Latina, el Ministro de Relaciones Exteriores Carlos Calvo (1824) inicia un

y las Resoluciones de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre la *Soberanía Permanente de los Estados sobre sus Recursos Naturales*⁴⁹ y la *Carta de Derechos y Deberes Económicos*,⁵⁰ la mayoría de países se integra a un proceso de *internacionalización* del tratamiento de la inversión extranjera. Este proceso, a diferencia del Derecho Comunitario Europeo, está signado por una diseminación de fuentes. En principio esta *internacionalización* no está basada en un sistema multilateral, como se pretendió durante las negociaciones del Acuerdo Multilateral de Inversiones promovido por la OCDE y truncado en 1999 ni en un mecanismo de supervisión que asegure la coherencia del sistema, sino fundamentalmente en la multiplicación de acuerdos bilaterales de inversión, conocidos como BITs por sus siglas en inglés (Bilateral Investment Treaties) y habiéndose suscrito más de 2.500 a fines del año 2006, incluyendo Tratados de Libre Comercio (TLCs) promovidos por los Estados Unidos de América, que incorporan un Capítulo especial sobre inversiones.⁵¹ La mayoría de estos tratados recogen principios relativamente homogéneos de tratamiento no discriminatorio a la inversión extranjera (trato nacional, cláusula de la nación mas favorecida, estandar de tratamiento justo y equitativo y reglas sobre expropiaciones directas e indirectas) y prevén el sometimiento a arbitraje internacional por los conflictos que pudieran surgir entre los inversionistas extranjeros y los Estados huéspedes, respecto al cumplimiento de dichos principios.⁵² Igualmente, la mayoría de las cláusulas arbitrales de los BITs y los TLCs se remiten al CIADI creado mediante la Convención de Washington (1965), promovido por el Banco Mundial y si bien los laudos arbitrales obligan exclusivamente a las partes en conflicto, desde fines de los ochenta año a año se incrementan procedimientos arbitrales que suman más de 300 casos (entre los cuales resaltan las experiencias de México, Argentina, Ecuador y Perú, entre otros) y los laudos hacen referencias a unos y otros y dando lugar a la emergencia de un área de especialización del arbitraje internacional.

movimiento doctrinario orientado a exigir que los extranjeros debían someterse a la exclusiva jurisdicción y ley de los países receptores, sin hacer uso de la protección diplomática. Este principio se encuentra recogido en la mayoría de constituciones latinoamericanas, que progresivamente han permitido excepciones y habilitado la instauraciones de sistema como el CIADI. Para una síntesis interesante de la cláusula Calvo ver: F. TAMBURINI, «Historia y destino de la “Doctrina Calvo”: ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, No. 24. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2002, pp. 81-104.

⁴⁹ Res. 1803, 17 U.N. G.A.O.R. 1962.

⁵⁰ Res. 3281, 29 U.N. G.A.O.R. 1974

⁵¹ Ver *Investment Instruments Online, Bilateral Investment Treaties* de la UNCTAD (<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>)

⁵² M. MONTEAGUDO, *supra* 9, pp. 206-213.

3. *La construcción de un nuevo derecho internacional de inversiones: ¿ingreso a un verdadero orden jurídico?*

Si bien este nuevo Derecho Internacional de la Inversión Extranjera ha sido construido con el ánimo de reestablecer la confianza mutua y garantizar un régimen jurídico estable a la inversión de mediano y largo plazo, que en el caso de América Latina se ha venido incrementando de manera sostenida, no se trata precisamente de un orden jurídico siempre coherente y sujeto a mecanismos de supervisión global. El sistema del CIADI de alguna forma ha consolidado el ingreso o la aspiración de ingreso directo de *principios* de derecho internacional (ampliamente defendida por muchos países industrializados a lo largo del siglo XX),⁵³ en la solución de controversias entre inversionistas y Estados nacionales. Concretamente, el artículo 42 (1) del Tratado del CIADI establece que el Tribunal arbitral *decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. 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*. De acuerdo a esta norma en la revisión y examen del tratamiento de la inversión extranjera por parte de un Estado, los árbitros se encuentran en aptitud de aplicar directamente normas o principios de derecho internacional ya no en forma supletoria, para llenar lagunas o corregir al derecho interno sino por una elección discrecional que se juzgue mas apropiada. Así ha venido siendo interpretado desde el caso *Wena v. Egipto*, como lo apunta el profesor Emmanuel Gaillard y Yas Banifatemi.⁵⁴

Otro ejemplo interesante del singular curso del nuevo Derecho Internacional de la inversión extranjera son las variadas concepciones de los Tribunales del CIADI sobre el estándar de tratamiento justo y equitativo y de protección y seguridad plenas en favor de la inversión extranjera. Mientras que para el Tribunal del casos *Metalclad*⁵⁵ y *TECMED*⁵⁶ el estandar estuvo asociado a la transparencia y predictibilidad de las acciones del poder

⁵³ D. CARREAU, T. FLORY & P. JUILLARD, «Droit International Economique», pp. 632-648 (Paris: LGDJ, 1990).

⁵⁴ Ver: E. GAILLARD & 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,» *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* Vol. 18, p. 375 (2003).

⁵⁵ *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1).

⁵⁶ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2).

público,⁵⁷ en el caso *S.D. Myers* el incumplimiento de ambos estándares están referidos a la violación del trato nacional. Igualmente llamativos son los fallos conradictorios en situaciones análogas, como lo reporta el profesor Gaillard. La decisión de 2006 del caso *Telenor* contradice directamente la jurisprudencia instaurada desde la decisión *Maffezini* (2000) sobre la aplicación de la Cláusula de la Nación más Favorecida al mecanismo de solución de controversias. Asimismo la decisión sobre el principio de responsabilidad de 2006 por el conflicto de Argentina con LG&E se opone frontalmente a la del caso CMS (2006).⁵⁸ Indudablemente este tipo de situaciones puede presentarse naturalmente en la jurisprudencia arbitral internacional privada. El inconveniente de la problemática señalada en el arbitraje de inversiones radica en que se compromete la responsabilidad internacional de los Estados, sin mecanismos que supervisen la coherencia global del derecho aplicable. Este es uno de los retos más importantes para el futuro del Derecho Internacional de las inversiones

Los países miembros de la Unión Europea también se han integrado al proceso de *internacionalización* del tratamiento de la inversión extranjera, suscribiendo tratados bilaterales entre sí y con terceros países, entre los cuales se encuentran una buena parte de países Latinoamericanos. Justamente, en el seno de la Unión Europea ya han aparecido algunas interesantes reacciones frente a los riesgos de fragmentación de este campo del derecho internacional. Por ejemplo, en la acción iniciada por la Comisión Europea contra Suecia, el TEJ confirmó que dicho país no había cumplido con eliminar la incompatibilidad de sus acuerdos bilaterales de inversión, suscritos con diversos países antes de su adhesión a la Unión, puesto que no contenían la expresa mención a la facultad del Consejo para establecer excepcionalmente controles a la circulación de capitales.⁵⁹ Incluso el *National Board of Trade* de Suecia ha sugerido que la Unión Europea tenga una competencia exclusiva en la negociación de los acuerdos bilaterales de inversión que suscriban los miembros con terceros países.⁶⁰

El Derecho Internacional de la Inversión Extranjera continúa su desarrollo, acompañando un proceso global de movimiento de las inversio-

⁵⁷ Ver G. GAGNÉ & J.-F. MORIN, «The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and the 2004 Model BIT», *Journal of International Economic Law* 9 (2), p. 369, (2006).

⁵⁸ E. GAILLARD, «Chronique des sentences arbitrales» Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI), 255, *Journal du Droit international* Vol. 134, p. 255 (2007).

⁵⁹ Comisión de las Comunidades Europeas v. Reino de Suecia (C-249/06)

⁶⁰ Ver Carolin HJÄLMOROTH & Stefan WESTERBERG, «The Contribution of Trade a new EU growth strategy Ideas for a more open European economy» (Part 1 A common investment policy for the EU) (Kommerskollegium, National Board of Trade, Sweden).

nes y en el corto plazo, no parece claro que la diseminación de principios y acuerdos bilaterales derive en un sistema multilateral. De la misma forma que el *soft law*, asistimos a un crecimiento *alternativo* de reglas internacionales a las que ingresan, con detractores, un buen número de países de América Latina. La Bolivia de Evo Morales, como el Ecuador de Rafael Correa han resuelto apartarse del sistema del CIADI, pero estamos lejos de asistir a la conclusión del modelo, que conservando algunas interrogantes, no detiene el crecimiento del flujo de inversiones.

Palabras finales

La realidad —sostenía Malraux— nunca es maniquea y la construcción de una comunidad de derecho como la construcción europea no se enfrenta diametralmente al desarrollo del *soft law* en el contexto latinoamericano. Como dijimos al inicio, se trata de dos modos complementarios de creación de normas económicas internacionales y en consecuencia, ambas *necesitan* convivir. De hecho el hábito *soft* en las relaciones económicas ha facilitado la orquestación de una respuesta global a la crisis financiera internacional generada en Estados Unidos en septiembre de 2008, a través de mecanismos como la Junta de Estabilidad Financiera (Financial Stability Board, FSB), que incluye a los países del G-20, España y la Comisión Europea. Por otra parte, la crisis financiera de Grecia en el seno de la Unión Europea reclama la activación efectiva de mecanismos regulatorios vinculantes.

América Latina y Europa pueden no solamente acercarse comercialmente, sino también influir significativamente en una de las más grandes transformaciones del Derecho Internacional.