



**Universidad Nacional de La Plata**

**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**

**Maestría en Integración Latinoamericana**

**LAS NUEVAS REGULACIONES A LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA:**

**EL RETORNO DE LA DOCTRINA CALVO**

***Autor: Lic. Martin Lorences***

***Director: Dr. Raúl Bernal Meza***

**IIL-UNLP – Mayo 2019**

## **Dedicatoria**

*A mis padres por todo y siempre.*

*A mis hermanas Agustina y Mili porque son una compañía constante.*

*A mis alumnos de la Facultad de derecho y Ciencias Políticas de la UAI y de la UNLZ por haberme permitido corroborar que los postulados de Calvo no solo están vigentes, sino que siguen siendo interesantes.*

*A mi mentor el Dr. Fernando Grosso, decano de la Facultad de Cs Económicas de la UAI, por su tenaz apoyo y motivación para seguir adelante.*

*Especialmente esta tesis es para vos Daniela, que viniste a iluminar mis días y a ordenar mis prioridades.*

## **RESUMEN:**

Las Empresas Transnacionales, a los fines de realizar Inversiones Extranjeras Directas (IED) hacia América Latina en las décadas de 1980 y 1990, requirieron un marco legal que acotara el poder regulatorio de los gobiernos para proteger sus capitales. Este nuevo esquema regulatorio aceleró el abandono de la Doctrina Calvo por parte de la región.

La Doctrina Calvo sostiene con claridad dos conceptos bien diferenciados: I) Los Estados soberanos gozan del derecho de estar libres de cualquier forma de interferencia por parte de otros Estados; II) Los extranjeros gozan de los mismos derechos que los nacionales y, en caso de pleitos o reclamaciones, tendrán la obligación de recurrir ante los tribunales locales sin pedir la protección e intervención diplomática de su país de origen.

Algunos Estados como Bolivia y Ecuador, iniciaron tanto de manera unilateral como desde los procesos de integración regional como UNASUR la búsqueda de nuevas alternativas a la regulación de la IED.

La nueva regulación a la IED por parte de Ecuador ocurre en un contexto más amplio de visión y estrategia de política económica, que comenzó a plasmarse con el gobierno de Rafael Correa. Con la reforma de la Constitución Nacional del año 2008 se va a estructurar una nueva arquitectura tanto institucional como práctica en cuanto a la relación Estado – Economía - Relaciones Internacionales. La regulación a la IED va a ser uno de los aspectos que Ecuador ha decidido transformar, al punto de que su nueva Constitución reformada prohíbe que se celebren tratados donde se ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

Bolivia por su parte y en la misma línea de Ecuador también reformó su estructura jurídica institucional en búsqueda de mayor autonomía. En su Nueva Constitución de 2009 modificó la regulación referida a la IED, impidiendo entre otros aspectos que los inversores extranjeros demanden al Estado boliviano ante alguna o cualquier jurisdicción internacional.

Estas estrategias, que configuran el retorno de la Doctrina Calvo, expresan una búsqueda de mayor de autonomía, entendida ésta en términos formulados por Juan Carlos Puig como “Autonomía Heterodoxa”. Según la misma cuando los Estados se encuentran en el estadio de la Autonomía Heterodoxa, aceptan la conducción estratégica de la potencia dominante, pero discrepan en temas como el modelo de desarrollo interno y/o en algunas vinculaciones internacionales.

La aplicación de la Doctrina Calvo en materia de regulación a la IED implica un aumento del grado de decisión propia, una búsqueda de una inserción internacional más independiente y autónoma en relación a los intereses del Estado en el contexto del sistema internacional.

**PALABRAS CLAVE:**

Inversiones Extranjeras – Autonomía Heterodoxa – Doctrina Calvo

## INDICE

### INTRODUCCIÓN

1. Fundamentación -----	8
2. Estado del arte -----	10
3. Delimitación del problema-----	13
4. Hipótesis-----	13
5. Marco Teórico-----	14
6. Objetivos -----	27
7. Encuadre Metodológico -----	27

### CAPITULO I. LA DOCTRINA CALVO

1. Antecedentes, principios y recepción -----	28
---	----

### CAPITULO II. LA IED Y SU REGULACIÓN INTERNACIONAL

2.1. Aspectos generales -----	33
2.2. Los intentos de regulación de la IED desde organismos multilaterales -----	37
2.2. A. Acuerdo sobre las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio (TRIMS) -----	37
2.2. B. Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI) -----	39
2.3. Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) -----	39
2.3. A. Antecedentes -----	39
2.3. B. Los TBIs y sus características -----	41
2.4. Críticas al actual régimen internacional de regulación de la IED -----	51
2.5. La Doctrina Calvo, su actualidad y la IED -----	59

### CAPITULO III. LA REGULACIÓN A LA IED DESDE LA COMUNIDAD ANDINA Y EL MERCOSUR. DOS PROPUESTAS DIFERENTES

3.1. La regulación a la IED en la CAN. La Decisión 24 y el regionalismo cerrado -----	60
3.2. La regulación de la IED en el MERCOSUR -----	63

### CAPITULO IV. NUEVAS ESTRATEGIAS DE REGULACIÓN DE LA IED: BOLIVIA, ECUADOR Y UNASUR

4.1. Ecuador -----	67
4.2. Bolivia -----	81
4.3. UNASUR como la instancia regional de abordaje a la IED -----	83
4.3. A. UNASUR e inversiones -----	86

4.4. El aporte de Juan Carlos Puig y la autonomía heterodoxa -----	90
4.5. ¿Es tiempo de la insubordinación fundante? -----	96

**CONCLUSIONES** -----

**BIBLIOGRAFÍA** -----

### GLOSARIO DE SIGLAS

<b>AMI</b>	Acuerdo Multilateral sobre Inversiones.
<b>CA</b>	Comunidad Andina de Naciones.
<b>CAITISA</b>	Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de arbitraje internacional en materia de inversiones.
<b>CECLA</b>	Comisión Especial de Coordinación Latinoamericana.
<b>CEPAL</b>	Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
<b>CIADI</b>	Centro de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.
<b>CNMF</b>	Clausula de la Nación más favorecida.
<b>CW</b>	Convención de Washington.
<b>GATT</b>	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.
<b>IED</b>	Inversiones Extranjeras Directas.
<b>MERCOSUR</b>	Mercado Común del Sur.
<b>OCDE</b>	Organización de Cooperación y Desarrollo Económico.
<b>OMC</b>	Organización Mundial de Comercio.
<b>SELA</b>	Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe
<b>TBIs</b>	Tratados Bilaterales de Inversión.
<b>TLC</b>	Tratado de Libre Comercio.
<b>TRIMS</b>	Acuerdo sobre medidas de inversión relacionadas con el comercio.
<b>UNCTAD</b>	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.



## INTRODUCCIÓN

La Inversión Extranjera Directa (IED) materializa la internacionalización de la economía y de los mercados. Debido a que la IED ha sido una constante fuente de financiamiento que compensó la limitada capacidad de ahorro de los Estados sudamericanos, el acceso a recursos en tecnología, *know-how* y mercados internacionales, reviste suma importancia e interés para los Estados sudamericanos, siendo la subregión un destino frecuente de IED, proveniente, mayoritariamente, de los países desarrollados. El caudal de IED hacia América Latina en 2017 fue de 161.673 millones de dólares. (CEPAL, 2018). Observando los flujos de capital en el sistema económico financiero internacional, los países se pueden dividir entre aquellos que exportan y otros que importan capital, de acuerdo a su nivel de desarrollo. América Latina ha sido una región donde los inversores han destinado década tras década un mayor volumen de inversión.

Los actores preponderantes que la efectúan son las Empresas Transnacionales, que requieren marcos de seguridad y previsibilidad al momento de efectuar la inversión con el fin de proteger sus intereses. Los procesos de integración regional de América Latina han intentado, con suerte dispar, elaborar regulaciones uniformes al tratamiento de la IED. Sin embargo, los instrumentos reguladores por excelencia han sido los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs), utilizados por la gran mayoría de los países sudamericanos como una estrategia de captación de inversiones, con la existencia de algunas excepciones. Por ejemplo, Brasil no tiene vigente ningún TBI, Bolivia los ha denunciado todos y mediante su Constitución Nacional otorga una regulación a la IED similar a la otorgada por la Decisión 24 de la Comunidad Andina. Bolivia y Ecuador, impulsaron desde el 2009 en el ámbito de UNASUR el establecimiento de un Centro de solución de controversias regional en materia de inversiones.

Bolivia y Ecuador han avanzado en la búsqueda de una nueva regulación a la IED. La regulación efectuada por Bolivia, sumado al impulso de Ecuador para la creación de un sistema de solución de controversias relativo a inversiones propio de UNASUR, se puede



observar como un resurgimiento de los postulados de la Doctrina Calvo. Esta aseveración genera una serie de preguntas que la tesis buscara responder. Entre ellas: ¿El resurgimiento de la Doctrina Calvo implica la materialización de una búsqueda subcontinental de mayor autonomía en la sociedad internacional? ¿La aplicación de la Doctrina Calvo en Brasil, Bolivia y Ecuador genera el alejamiento de IED hacia otros Estados? ¿Es posible una aplicación subregional generalizada de la Doctrina Calvo con respecto a la IED?.

Este trabajo de investigación es el fruto de muchos años de esfuerzo y dedicación. El estudiante, el alumno, no se encuentra solo en esta tarea. El resultado de la presentación de una tesis de maestría es un logro colectivo en el que no puedo dejar de nombrar y agradecer a mi tutor el profesor Raúl Bernal Meza. Sin su obra y sin su guía esta tesis hubiera sido imposible. Asimismo, la calidez, contención y apoyo constante de todo el equipo del Instituto de Integración Latinoamericana. Mención aparte merecen la labor y compañía de la Prof. Noemi Mellado y Dra. Gloria Mendicoa; su rigor científico y amor por las Ciencias Sociales, hacen del aprendizaje un camino apasionante.

## **1. Fundamentación**

América Latina ha sido una región donde los inversores extranjeros han destinado década tras década mayor volumen de IED. Los procesos de integración regional de América Latina han intentado, con suerte dispar, elaborar regulaciones uniformes a su tratamiento. Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) se consolidaron a partir de la década de los '90 como el instrumento jurídico por excelencia para regularla. La manera en que los Estados regulan la IED es una demostración de un diseño general de inserción en los mercados internacionales. Los Estados latinoamericanos, con la excepción de Brasil, han tenido una regulación uniforme. Sin embargo, Bolivia y Ecuador han efectuado una reestructuración de la arquitectura jurídica e institucional con respecto a los capitales extranjeros que se distingue con claridad de las regulaciones existentes en el continente sudamericano. De

aquí. La importancia de abordar estas nuevas estrategias efectuadas desde esta subregión.

Abordar esta problemática como tema de tesis permite aportar al adelanto del conocimiento al determinar si la regulación efectuada a la IED por Bolivia y Ecuador y también desde UNASUR, se puede observar como un resurgimiento de los postulados de la Doctrina Calvo y en consecuencia una búsqueda de mayor autonomía de los Estados sudamericanos en la sociedad internacional. Si las nuevas regulaciones a los capitales extranjeros señaladas generan un mayor margen de autonomía para los Estados menos desarrollados, un aporte de este trabajo será el proponer, difundir e impulsar tanto el desarrollo como las bondades de la implementación del proyecto del tribunal de arbitraje para inversiones desde UNASUR u otros acuerdos de regionalismo y gobernanza sudamericanos, y reproducir los postulados constitucionales bolivianos con respecto a la IED hacia toda la región.

Las regulaciones a la IED pueden ser generadas de manera unilateral, sin descartar la posibilidad de abordarla de manera multilateral desde los procesos de integración regional. De aquí también la necesidad de determinar si UNASUR<sup>1</sup> cuenta con la robustez suficiente para generar un sistema de solución de controversias relativo a inversiones.

La IED y su regulación en Latinoamérica no ha sido un tema abordado con frecuencia desde los ámbitos académicos. Esta tesis busca aportar elementos teóricos y prácticos con

---

<sup>1</sup> La tesis fue elaborada antes de que la UNASUR entrara en la fase de crisis en la que se encuentra actualmente, por el retiro de Colombia y la suspensión de manera indefinida de su participación por parte de Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Perú. Cfr. <https://www.infobae.com/america/america-latina/2018/04/28/5-claves-para-entender-la-crisis-final-de-la-unasur/>). La situación actual por la que atraviesa este bloque hace inviable por ahora una alternativa como la que señalamos. No obstante, es posible que se genere un nuevo proyecto de regionalismo sudamericano que lo incorporara como uno de sus objetivos.

fuerza en distintas disciplinas como la economía, el derecho y las relaciones internacionales para el diseño de una política internacional que abone al desarrollo de América Latina.

## **2. Estado del arte**

La IED ha sido definida como la propiedad de activos en un país por parte de residentes en otro país con el objetivo de controlar el uso de tales activos, incluyendo tanto a aquella que supone la creación de activos nuevos, así como también la inversión que comporta cambios en el control de empresas ya establecidas (Bouzas, 2002, p. 97).

Se sostiene que a partir de la última década del siglo XX la IED se ha transformado en un bien preciado, sobre todo para los Estados subdesarrollados. Queda demostrado con el notable crecimiento de inversiones extranjeras hacia esos países: en el período 1989-1994 el flujo de IED promedio anual fue de 59,6 mil millones de dólares, en cambio para 1995-2000 pasó a 184 mil millones por año. Esta situación es consecuencia de su aumento a nivel mundial, las cuales pasaron de un stock de 616 millones de dólares en 1980 a alcanzar un 6.3 billones a comienzos del año 2000 (Bouzas, p. 99).

Al ser un verdadero fenómeno en crecimiento y consecuentemente en expansión por toda la sociedad internacional, los países que promueven su recepción crean un entorno adecuado a través de específicas políticas de estado (una legislación rigurosa con los derechos de propiedad, reducción de trabas burocráticas, liberalización del comercio, desregulación, disponibilidad de fuerza de trabajo calificada, etc.) para potenciar los atractivos para la captación y el interés de los inversores extranjeros. La interacción de todas estas medidas nos arrojaría un buen “clima de inversión” propicio y acorde para atraer este tipo de inversiones.

El instrumento jurídico por excelencia que regula la IED son los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs), siendo estos acuerdos regidos por el Derecho Internacional y están

destinados a asegurar la estabilidad, predictibilidad y certeza de los marcos nacionales. Raya de Vera (2015, p. 25) ha sostenido que este tipo de Tratado sienta las condiciones básicas para el tratamiento de los inversores foráneos, impidiendo a los Estados firmantes modificar de manera unilateral este tratamiento sin incurrir en responsabilidad internacional. Las cláusulas que contienen los TBIs tienen como objetivo principal garantizar al inversor extranjero frente a aleas legislativas o de otra índole del país receptor de la inversión.

Estos tratados contienen un conjunto de normas destinadas a los Estados, pero los beneficiarios directos de esta normativa son los inversores de una y otra parte. En este sentido estamos en presencia de una reciprocidad negativa en las relaciones interestatales, porque siguiendo la argumentación de Raya de Vera (p. 29) el régimen y regulación otorgado por los TBIs, presenta un claro abandono por la región latinoamericana de la Doctrina Calvo.

La regulación a la IED ha sido también un factor abordado desde los procesos de integración regional latinoamericanos, en particular y con mayor profundidad desde la Comunidad Andina (CA). Desde los comienzos de éste proceso se consideró a la IED como una herramienta más al servicio tanto de la industrialización como al desarrollo de los países y no debía ser un obstáculo a la integración regional.

Berrios (1981, p. 2) expresa que cuando el 31 de diciembre de 1970 se dicta la Decisión 24 sobre el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales extranjeros, los principales objetivos de este acuerdo eran adoptar una política común para mitigar la dependencia absoluta en la IED, promover un desarrollo balanceado y armónico de los miembros. Desde la propia concepción de la idea de integración andina, la consideración y preocupación central era dirigida al papel que jugaban las empresas transnacionales. No se intentaba impedir el flujo de IED o de tecnología a los países andinos, sino que, por el contrario, regularlo, ponerlo al servicio de la estrategia de desarrollo.

La regulación de la Decisión 24 con respecto tanto a la autorización de la inversión como a su exclusión de sectores específicos, si bien fue innovadora en la región, y criticada por

sectores vinculados a los inversores estadounidense, se asemejaba a los propios requisitos que exigía EEUU para realizar IED en su propio país.

El devenir de los acontecimientos internacionales, la exigencia de los mercados hacia la apertura comercial y el paso hacia el regionalismo abierto, fueron factores que hicieron que los Estados Parte fueran abandonando el marco regulatorio establecido en la Decisión 24, para dar lugar a una nueva más flexible y por ende menos al servicio de una concepción regional de desarrollo.

Más allá de su abandono por parte de sus miembros, la Decisión 24 fue un instrumento innovador y digno de emulación en cuanto a la regulación tanto uniforme como regional a la IED. El objetivo de regular el capital foráneo, para coordinarlo con los intereses de desarrollo, no de un solo Estado, sino de un proceso de integración regional, señala el camino de potenciales regulaciones en este siglo actual.

Bas Vilizzio (2015, p.244) sostiene que en estas primeras décadas del siglo XXI Sudamérica adopta tres posiciones distintas en cuanto a la regulación de la IED, lo que demuestra una fragmentación en cuanto a las distintas estrategias. Una de las alternativas la encarna Brasil, quien por disposiciones de su derecho interno no tiene vigente ningún TBI y no permite que el Estado sea demandado por particulares en tribunales internacionales. Por otro lado, Argentina, Chile, Colombia y Perú, regulan la IED a través de los TBI. Los tres últimos mediante los TLC también regulan al capital foráneo. En cambio, Bolivia, Ecuador y Venezuela adoptan una más audaz y que implicaría el retorno de la Doctrina Calvo en esta materia. Esta nueva estrategia incluye, denuncia de los TBI, abandono del CIADI<sup>2</sup>, modificación del texto constitucional (incluyendo expresamente contenidos sobre IED), elaboración de una ley nacional de inversiones y en última medida el impulso a la creación de un Tribunal de resolución de controversias vinculadas a la IED exclusivo de UNASUR.

---

<sup>2</sup> CIADI. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativa a Inversiones. Pertenece al Banco Mundial Fundado en 1966, tiene su sede en Washington.

Según el viceministro de Comercio Exterior de Bolivia, Walter Clarems Endara Vera (2014, p. 1) la estrategia del gobierno boliviano en cuanto a la regulación de la IED se puede resumir en tres pilares: I) La recuperación de todos los recursos naturales estratégicos mediante nacionalizaciones. II) Revisión y denuncia de todos los TBIs, por ser contrarios a los principios estipulados en la nueva Constitución Política del Estado. III) Prohibición expresa de que el Estado Boliviano sea demandado en instancias internacionales vinculado a controversias vinculadas a inversiones.

### **3. Delimitación del problema**

América Latina en general como Brasil, Bolivia y Ecuador en particular resulta ser un destino habitual de IED, sobre todo proveniente de Estados Unidos y de la Unión Europea. Como ya se manifestara en la introducción de esta tesis, la regulación efectuada a la IED por Bolivia, sumado al impulso de Ecuador para la creación de un sistema de solución de controversias relativo a inversiones propio de UNASUR, se puede observar como un resurgimiento de los postulados de la Doctrina Calvo. ¿El resurgimiento de la Doctrina Calvo implica la materialización de una búsqueda subcontinental de mayor autonomía en la sociedad internacional? ¿La aplicación de la Doctrina Calvo en Brasil, Bolivia y Ecuador genera el alejamiento de IED hacia otros Estados? ¿Es posible una aplicación subregional generalizada de la Doctrina Calvo con respecto a la IED?

### **4. Hipótesis**

Para responder a las preguntas antes señaladas, se sostiene Se parte como hipótesis de la presente investigación que “las nuevas alternativas de regulación a la IED propuestas por Bolivia y Ecuador generan el retorno de la Doctrina Calvo y una búsqueda de mayor autonomía tanto nacional como regional en el ámbito de la economía política internacional”.

Cuando se señalan a nuevas alternativas se hace referencia por un lado, a la estrategia de Bolivia de retirarse del CIADI, de denunciar la totalidad de los TBIs, de establecer en la Nueva Constitución Nacional, artículos específicos referidos al tema, donde se estipula expresamente la igualdad entre el inversor extranjero y el local, sumado a la prohibición que tiene el inversor de demandar al Estado en ámbitos internacionales, y por el otro a la posición del Ecuador frente a la IED, país que también se retiró del CIADI, evalúa denunciar los TBIs mediante el trabajo de la CAITISA<sup>3</sup>, e impulsa la creación de un sistema de solución de controversias para inversiones extranjeras desde UNASUR. Cuando la hipótesis refiere a la Doctrina Calvo, responde a la aplicación de dos conceptos diferenciados: I) Los Estados soberanos gozan del derecho de estar libres de cualquier forma de interferencia por parte de otros Estados; II) Los extranjeros gozan de los mismos derechos que los nacionales y, en caso de pleitos o reclamaciones, tendrán la obligación de recurrir ante los tribunales locales sin pedir la protección e intervención diplomática de su país de origen. Se entiende en el enunciado de la hipótesis que los Estados que apliquen la Doctrina Calvo manifiestan la voluntad de aumentar su margen de autonomía internacional, es decir que buscan aumentar el margen de decisión propia en ámbitos donde disienten de la potencia dominante, hemisférica y mundial, así como de otras potencias capitalistas.

## **5. Marco teórico**

Los participantes de la guerra de los 30 años (1618-1648) europea se reunieron para definir un conjunto de acuerdos que detuvieran el baño de sangre. La unidad religiosa se había fracturado con la supervivencia y la expansión del protestantismo; la diversidad política era inevitable dado el número de unidades políticas autónomas que habían

---

<sup>3</sup> CAITISA (Comisión para la Auditoría integral ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en materia de inversiones). Creada en el año 2013 a través del Decreto Ejecutivo N° 1506, a los fines de analizar el proceso de negociación de los TBIs como así también la validez y pertinencia de los laudos dictados en su ejecución.

combatido sin que ninguna prevaleciera. Así fue como en cierto modo se manifestaron en Europa las condiciones que caracterizan el mundo contemporáneo: una multiplicidad de unidades políticas, ninguna lo suficientemente poderosa como derrotar a las otras, muchas de ellas con filosofías y prácticas internas contradictorias, en busca de reglas neutrales que regularan su conducta y mitigaran el conflicto. (Kissinger, 2016, p. 15)

La paz de Westfalia estableció un sistema de estados independientes que se abstuvieran de interferir en los asuntos internos ajenos y controlaran mutuamente sus ambiciones a través de un equilibrio general del poder. A cada Estado se le asignó el atributo de poder soberano sobre su territorio. Cada uno de ellos debía reconocer y respetar como realidades las estructuras internas y propensiones religiosas de los otros y abstenerse de cuestionar su existencia.

La división y multiplicidad, un accidente de la historia europea, se transformaron en el sello distintivo de un nuevo sistema de orden internacional dotado de perspectiva filosófica propia y definida. En este sentido, el esfuerzo por terminar con la conflagración configuró y prefiguró la sensibilidad moderna: descartó el criterio absoluto a favor de lo práctico y lo ecuménico; buscó extraer orden de la multiplicidad y restricción. (Kissinger, p. 15)

Los principios de Westfalia son todavía la única base generalmente reconocida de lo que se entiende por orden mundial. El sistema de Westfalia se propagó por el mundo como marco de un orden internacional basado en la existencia de los estados que abarca múltiples civilizaciones y regiones porque, al expandirse, las naciones europeas llevaron consigo su modelo de orden internacional. Y si bien es cierto que casi nunca aplicaban esos conceptos de soberanía a las colonias y los pueblos colonizados, cuando esos pueblos comenzaron a exigir su independencia lo hicieron en nombre de las ideas de Westfalia. Los principios de independencia nacional, Estado soberano, interés nacional y no interferencia resultaron argumentos eficaces contra los propios colonizadores en las luchas por la emancipación y la posterior protección de los estados en formación reciente. (Kissinger, p. 18).



La paz de Westfalia es uno de los documentos más citados de la historia europea, aunque en realidad no existe ningún tratado único que contenga sus términos y los representantes de los estados tampoco se encontraron nunca en una sesión plenaria para promulgarla. La Paz de Westfalia es la suma de tres acuerdos separados complementarios firmados en diferentes momentos en distintas ciudades. Los participantes de la negociación transformaron los medios prácticos de poner fin a una guerra particular en conceptos generales de orden mundial. (Kissinger, p. 37)

Para Kissinger (pp. 38-39) la Paz de Westfalia supuso un giro de ciento ochenta grados en la historia de las naciones, porque las nociones que estableció eran poco complejas pero abarcadoras. El Estado paso a ser la piedra angular del orden europeo. Se estableció el concepto de Estado soberano. Se afirmó el derecho de cada país signatario a elegir su propia organización interna y orientación religiosa libre de intervención.

El concepto westfaliano adoptó la multiplicidad como punto de partida y trazó una variedad de sociedades múltiples, cada una aceptada como una realidad en sí misma, en la búsqueda de un orden común. A mediados del siglo XX, este sistema internacional ya funcionaba en todos los continentes y continúa siendo el andamiaje del orden internacional como se lo conoce hoy.

El sistema westfaliano va a generar el marco jurídico y político para la consolidación de una economía-mundo y el desarrollo del sistema capitalista. El sistema-mundo moderno nació hacia 1500 y debido a su propia lógica, esta economía-mundo capitalista se extendió más tarde hasta abarcar todo el globo, y en ese proceso absorbió a todos los mini sistemas existentes. Hacia finales del siglo XIX existía por primera vez en la historia un único sistema histórico; todavía hoy seguimos en la misma situación. (Wallerstein, 2012, p. 143).

Wallerstein parte de la existencia de un sistema histórico concreto al que llama economía-mundo capitalista, cuyos límites temporales abarcan desde el largo siglo XVI hasta el presente. Sus límites espaciales incluían en un primer momento a Europa, más Iberoamérica, pero luego se fueron extendiendo hasta cubrir todo el planeta. Entiende

esta totalidad como un sistema, se trata de una totalidad relativamente independiente de fuerzas externas o se puede decir que su funcionamiento puede explicarse en gran medida debido a su dinámica interna (p.240).

Este sistema posee un modo de producción capitalista, basado en la acumulación incesante de capital. Su estructura es la de una división social del trabajo entre centro y periferia que posibilita y ampara el intercambio desigual. Posee una superestructura política consistente en un conjunto de Estados supuestamente soberanos definidos y limitados por su pertenencia a una red o sistema interestatal, cuyo funcionamiento se guía por el llamado equilibrio de poder, mecanismo destinado a garantizar que ninguno de los Estados que forman parte del sistema interestatal tenga nunca la capacidad de transformarlo en un imperio-mundo. A lo largo de la historia de la economía-mundo capitalista se han producido intentos de transformarlo en un imperio-mundo, fracasando todos ellos.

El sistema de dominio mundial que se creó en Westfalia fue un régimen de tipo interestatal. En el momento en que los gobernantes legitimaron sus respectivos derechos absolutos de gobierno sobre territorios mutuamente exclusivos, se sentó el principio de que los ciudadanos no se hallaban implicados en las disputas que pudieran surgir entre los soberanos. La aplicación más notable de este principio se produjo en el ámbito comercial. En los tratados que siguieron a Westfalia se proclamó la restauración de la libertad de comercio mediante la abolición de las barreras que se habían erigido durante la guerra de los Treinta Años. (Arrighi, 2014, 60)

La transición realmente importante no es la del feudalismo al capitalismo, sino la del capitalismo disperso al capitalismo concentrado a través de la aparición del Estado nación moderno. El aspecto central de la transición es la fusión única del Estado y el capital, que fue sumamente favorable al capitalismo. El resultado ha sido la competencia interestatal por el capital en busca de inversión. (Arrighi, p. 25).

El nuevo sistema interestatal va a generar una lucha constante entre los Estados por el poder, ya sea mediante medios pacíficos o la guerra. Esta lucha competitiva crea las mayores oportunidades para el moderno capitalismo occidental. Los Estados tenían que competir por el capital en busca de inversión. Es el Estado-nación quien va a darle al capitalismo la oportunidad de desarrollo necesario para transformarse en un sistema mundo capitalista.

Arrighi (p.26) sostiene que la concentración de poder en manos de bloques particulares de agencias gubernamentales y económicas ha sido tan esencial para las expansiones materiales recurrentes de la económica-mundo capitalista como la competencia que ha tenido lugar entre estructuras políticas aproximadamente iguales.

La expansión del poder capitalista durante los últimos quinientos años se haya vinculado no solo a la competencia interestatal por el capital, sino también a la formación de estructuras políticas dotadas de recursos organizativos cada vez mayores y más complejos para controlar el entorno social y político de la acumulación de capital a escala mundial. En situaciones de caos sistémico, donde las fuerzas de desorden superan las tendencias correctoras, aumenta la demanda de orden; sea el viejo o un nuevo orden. El Estado o grupo de Estados que se hallen en condiciones de satisfacer esa demanda son los que tienen la oportunidad de transformarse en potencias hegemónicas. (p. 46)

El sistema westfaliano de Estado-nación ha institucionalizado la autoridad pública en el interior de dominio de jurisdicciones mutuamente excluyente. Los derechos de propiedad privada así como los derechos de gobierno público devienen en absolutos y discretos, al mismo tiempo que las jurisdicciones públicas se convierten en exclusivas y se hallan demarcadas por las fronteras. (Arrighi, p. 47)

Asimismo, el sistema westfaliano con la consolidación de la maquinaria estatal, posibilitó el afianzamiento del intercambio desigual, al que someten los Estados fuertes a los débiles, los países del centro a las áreas periféricas. Así, el capitalismo no solo implica la expropiación del plusvalor producido por los trabajadores, sino también una apropiación

del excedente de toda la economía-mundo por las áreas centrales. (Wallerstein, 2012, p. 101).

Así el caos sistémico de principios del siglo XVII se transformó por consiguiente en un nuevo orden anárquico. La libertad concedida a la empresa privada para organizar el comercio pacíficamente a través de las distintas jurisdicciones políticas, incluso en tiempos de guerra, reflejaba no solo el interés general de gobernantes y súbditos en un abastecimiento seguro de recursos bélicos y medios de subsistencia, sino los intereses específicos de la elite capitalista. Esta reorganización del espacio político en pro de la acumulación del capital indica el nacimiento no solamente del moderno sistema interestatal, sino también del capitalismo como sistema-mundo. (Arrighi, 2014, p. 61)

Wallerstein (2012, pp. 102-103) se pregunta ¿Por qué hablamos de posiciones estructurales en el seno de esta economía y qué importancia tiene que un país esté en una u otra de esas situaciones? El reforzamiento de la maquinaria estatal en las áreas del centro tiene como contrapartida directa el debilitamiento de la maquinaria estatal en las áreas periféricas. En los países periféricos los intereses de los terratenientes capitalistas se oponen a los de la burguesía comercial local, ya que les conviene mantener una economía abierta para maximizar sus beneficios mediante el comercio en el mercado-mundo, así como restringir cuanto sea posible el papel de la burguesía comercial local a favor de comerciantes extranjeros que no suponen una amenaza política local. En lo que atañe al Estado, la coalición que los refuerza en los países del centro no existe en los Estados periféricos. Asimismo, la fuerza de la maquinaria estatal en los países del centro depende de la debilidad de otras maquinarias estatales. De ahí que los Estados periféricos se vean sometidos ineluctablemente a la intervención extranjera mediante los recursos de la guerra, la subversión y la diplomacia.

No se puede explicar razonablemente la diferencia de fuerza entre distintas maquinarias estatales en determinados momentos concretos de la historia del sistema-mundo moderno apelando a una línea de argumentación de tipo genético-cultural, sino

necesariamente en términos del papel estructural que juega el país en cuestión en la economía-mundo en ese momento.

Cuando hacia el siglo XVIII el Reino Unido ocupa el rol de hegemón en el sistema internacional, el Sistema de Westfalia sufre una modificación sustantiva. El sistema westfaliano tradicional se basaba en el principio aún vigente de que no había ninguna autoridad por encima del sistema interestatal. El imperialismo del libre comercio impulsado por el Reino Unido, sentó el principio de que las leyes que operaban en el interior de los Estados y que regían las relaciones entre los mismos se hallaban sometidas a la autoridad superior de una nueva entidad metafísica, un mercado mundial gobernado por sus propias leyes, supuestamente dotada con poderes supra naturales mayores que los que había disfrutado nunca cualquier papa o emperador en los anteriores sistemas de dominio. (Arrighi, 2014, p. 73)

Las economías-mundo son cadenas extensas y desiguales de estructuras de producción integradas, divididas no obstante en múltiples estructuras políticas. Su lógica elemental es la distribución desigual del excedente acumulado a favor de quienes pueden ejercer varios tipos de monopolios temporales en las redes de mercado. (Wallerstein, 2012, p.143)

La sustitución del Sistema de Westfalia por el imperialismo de libre comercio fue real pero parcial. Los principios, normas, y reglas de comportamiento restaurados por el Congreso de Viena dejaron un considerable espacio de maniobra a los miembros del sistema interestatal para organizar sus relaciones domésticas e internacionales. El libre comercio afectaba a la soberanía de los gobernantes, pero las posibilidades de estos de desvincularse de las redes comerciales y del poder del Estado hegemónico seguían siendo considerables. Asimismo, bajo la hegemonía británica no existieron organizaciones dotadas de poder autónomo e independiente del poder de los Estados para gobernar el sistema interestatal. El derecho internacional y el equilibrio de poder continuaron actuando como lo habían hecho desde 1650, entre los Estados, pero no por encima de ellos. El Sistema de Westfalia entonces, no fue remplazado por el imperialismo del libre

comercio, sino que por el contrario hubo un solapamiento entre el sistema Westfaliano tradicional y el auge del libre comercio transfronterizo. (Arrighi, 2014, p. 86).

El siglo XX va a marcar el paso de la hegemonía británica a la hegemonía estadounidense, y en consecuencia nuevos reajustes al sistema westfaliano. Estados Unidos va a intentar modelar un sistema institucional con aspiraciones de supranacionalidad. La ONU, el GATT, el Banco Mundial y el FMI son acabadas muestras de ello.

Además del dominio institucional, ha logrado su hegemonía a través del surgimiento de un nuevo actor que modificó la estructura de las relaciones económicas internacionales; las empresas o transnacionales. El comercio mundial se internalizó y fue administrado por corporaciones transnacionales de enorme tamaño, organizadas verticalmente. Esta novedosa característica de la hegemonía norteamericana refleja la importancia decisiva de la IED y no así del comercio internacional al momento de reestructurar la economía de postguerra. (Arrighi, 2014, p. 93).

Las corporaciones transnacionales conformaron un sistema de producción, intercambio y acumulación a escala mundial que no se halla sujeto a ninguna autoridad estatal y disponen de poder para someter a sus propias leyes a todos y cada uno de los miembros del sistema interestatal, incluido al propio Estados Unidos. La emergencia de este sistema de libre empresa –es decir libre de las constricciones impuestas sobre el proceso de acumulación de capital a escala mundial por la exclusividad territorial de los Estados- ha sido el resultado más específico de la hegemonía estadounidense. Señala un nuevo punto de inflexión decisivo en el proceso de expansión y sustitución del Sistema de Westfalia, y puede haber iniciado realmente el proceso de extinción del moderno sistema interestatal como sede primaria de poder mundial. (Arrighi, 2014, p. 94)

El actor autónomo fundamental en los asuntos políticos e internacionales durante los últimos siglos no solo parece estar perdiendo su control e integridad, sino también, estar convirtiéndose en el tipo incorrecto de unidad para enfrentarse a las nuevas circunstancias. Frente a ciertos problemas, es demasiado voluminoso para funcionar eficazmente, frente a otros, es demasiado pequeño. En consecuencia, existen presiones

para reubicar la autoridad, bien arriba, bien hacia abajo, mediante la estructura que puedan responder mejor a las fuerzas del cambio. (p. 95) De aquí la trascendencia en ascenso de los procesos de integración regional más allá de una mirada exclusivamente arancelaria, sino como esquemas de construcción de poder que ejerzan influencia en las complejas relaciones internacionales.

Asimismo, este autor manifiesta (p. 96) que el moderno sistema interestatal ha adquirido su actual dimensión global mediante hegemonías sucesivas de alcance cada vez mayor, que han reducido en consecuencia la exclusividad de los derechos de soberanía realmente disfrutados por sus Estados miembros.

Se puede hablar de hegemonía en el sistema interestatal cuando solo una gran potencia puede imponer en gran medida sus reglas y deseos en los terrenos económico, político, militar, diplomático y cultural. La base material de ese poder reside en la mayor eficiencia con que funcionan las empresas localizadas en la gran potencia en las tres principales áreas económicas: producción agro-industrial, comercio y finanzas. La hegemonía genera que el resto de Estados potencia se transforman de facto en Estados clientes del hegemón. Sin embargo, la hegemonía no es sinónimo de omnipotencia, de ejercicio de poder sin límites. En el marco del sistema interestatal no cabe la omnipotencia.

Mientras dura su hegemonía, la potencia favorecida tiende a defender el liberalismo global. En su primer momento lo promovió Holanda, luego el Reino Unido, durante la última mitad del siglo XX Estados Unidos y ahora China en el siglo XXI. (Wallerstein, 2012, 243)

En todos los casos, el nuevo hegemón utilizó como parte deliberada de su estrategia la conversión amable de la potencia hegemónica precedente en su socio menor. Así lo hizo Gran Bretaña con Holanda, Estados Unidos con Gran Bretaña y pareciera ser lo que está sucediendo entre China y Estados Unidos.

Robert Jackson, citado por Arrighi (2014:98), acuñó la expresión “cuasi-Estados” para denominar a los Estados a los que se ha concedido una estatalidad jurídica y que, por lo tanto, se han convertido en Estados miembros del sistema interestatal, pero que carecen

de los recursos necesarios para realizar las funciones gubernamentales históricamente asociadas a la estatalidad. Los ejemplos más claros se encuentran entre los Estados del Tercer mundo.

Los Estados periféricos subdesarrollados han sido internacionalmente reconocidos y poseen idénticos derechos y responsabilidades externas que los restantes Estados soberanos: la estatalidad jurídica. En simultáneo, muchos revelan una estatalidad empíricamente limitada; sus poblaciones no disfrutaban de muchas ventajas tradicionalmente vinculadas a un Estado independiente; los beneficios concretos que han justificado históricamente las cargas innegables de la estatalidad soberana se hallan con frecuencia limitados a elites tremendamente reducidas y no se extienden a la ciudadanía en general. Son Estados jurídicos, pero que lejos de estar acabados tienen que dotarse de una estatalidad de hecho.

La IED se ha constituido como trascendental fuente de ingresos para llevar a cabo los procesos de desarrollo, industrialización y reinsertión en el comercio mundial de la mayoría de los países del globo, que no han logrado alcanzar una tasa de ahorro interno que les permita el despegue al desarrollo.

Afecta la economía de un Estado de varias formas, con consecuentes aspectos positivos como negativos. Como se expresara con anterioridad, en el caso de América Latina ha sido una constante fuente de financiamiento, sobre todo a partir de la década de los `90, observando cómo el aumento de este tipo de inversiones ha podido compensar en muchos casos la limitada capacidad industrial de los países de nuestra región, ya que han recibido recursos valiosísimos en tecnología, *know-how*, acceso a mercados internacionales. Obteniendo un incremento en la productividad, los niveles de empleo y entre otras cosas mayores ingresos fiscales arrojando como resultado final un enriquecimiento general de las naciones receptoras (Cerón Zapata, 2007, p. 16).

Corolario de este flujo de IED hacia la región de Sudamérica fue el contexto teórico que aportó entre otras instituciones la CEPAL con respecto a la apertura comercial y la inserción productiva de los países en los mercados internacionales. Se formuló el



concepto de “Regionalismo Abierto”, adaptando las políticas regionales a las reformas estructurales implementadas por el neoliberalismo a partir de los años `80 (Bernal Meza, 2009, p.16). Esta concepción teórica responde a políticas económicas donde la prioridad pasa a ser la apertura comercial, la aceleración del ritmo de la integración y el otorgamiento de un protagonismo al sector privado, en función de transitar el camino hacia el libre comercio global. Las economías nacionales van a emprender un tránsito hacia sistemas económicos abiertos e interdependientes donde se destaca el protagonismo del capital trasnacional, conformando un espacio capitalista universal que lleva en la lógica de su desenvolvimiento la dinámica mercantilista de la competencia económica entre países, regiones, sectores y actores sociales. (Mellado, 2009, p. 22). El nuevo regionalismo aborda desde una concepción regional temáticas de complejidad como el comercio de servicios, la regulación de la propiedad intelectual y las inversiones, al mismo tiempo que se superpone con las regulaciones que brinda la OMC, los TLC, los TBIs, conformando como expresa Mellado (2009) un mapa de articulaciones económicas múltiples. El regionalismo abierto otorga el marco teórico-estratégico mediante el cual los países sudamericanos se vuelcan hacia una economía de mercado, con apertura comercial, intentando crear un marco propicio para la recepción de IED. Los Estados de forma unilateral, en el intento de otorgarles certezas jurídicas a los inversores, optaron por otorgarle un tratamiento diferenciado al del inversor local mediante la suscripción masiva de TBIs.

El Estructuralismo latinoamericano, concebido a mediados del siglo XX en el seno de la CEPAL y bajo la influencia del pensamiento del economista argentino Raúl Prebisch analizó el desarrollo del capitalismo histórico, tomando como partida la ausencia de un pensamiento propio latinoamericano capaz de interpretar la realidad económica internacional desde la propia perspectiva de los países periféricos, el estructuralismo se dio a la tarea de crear un análisis histórico-sistémico del capitalismo y de una batería de proposiciones para superar las condiciones de subdesarrollo del subcontinente. Esta crítica sistémica al capitalismo, sumado a proposiciones dirigidas a identificar potenciales de cambio, con características emancipadoras, nos permite analizar esta teoría con el

paradigma dialéctico/marxista. La dialéctica se refiere al método de abordaje de la realidad, reconociéndola como un proceso histórico con su propio dinamismo, provisoriedad y transformación. El paradigma dialéctico se va a sustentar en una crítica a las ideologías imperantes, al mismo tiempo que a la realidad se va a arribar mediante el diálogo y la superación, entre la tesis, la antítesis y la síntesis.

El estructuralismo, a través de un enfoque macro-histórico y sistémico, va a señalar que el desarrollo del sistema mundial capitalista, se sustenta en un centro de países altamente industrializados y una amplia periferia subdesarrollada, en la cual la estructura es una consecuencia de la división internacional del trabajo heredada del pasado. (Bernal-Meza, 2005, p. 23). Desde una perspectiva sistémica, centrada en factores estructurales, Prebisch sostenía que la estructura de las relaciones económicas entre el centro y la periferia tendía a reproducir las condiciones de subdesarrollo y a aumentar la distancia entre los países desarrollados y los países periféricos, a través de la apropiación de los frutos del progreso técnico. La explicación modelizada bajo el concepto centro-periferia, fue construida sobre la teoría del deterioro de los términos de intercambio. Prebisch sostenía que el capitalismo periférico es parte de este sistema mundial, pero tiene su propia especificidad. Esta misma especificidad las teorías elaboradas en los centros desde el punto de vista de la periferia, adolecen de una falsa pretensión de universalidad. (p. 83). La formulación centro-periferia, expresando la morfología básica del sistema mundial capitalista, sentó las bases de una filosofía o teoría de la historia, de cuño latinoamericano, que podía explicar cómo se habían producido los hechos; es decir la historia. Una visión histórica desde la periferia. (p. 85).

La Doctrina Calvo aplicada a la regulación de la IED demuestra una clara intención por parte de los Estados que la aplican de buscar una mayor autonomía al momento de la toma de decisión en la sociedad internacional. Si bien el estructuralismo fue concebido con posterioridad a los postulados de Calvo, se puede trazar un paralelismo entre ambas concepciones al presentar una visión crítica del sistema-mundo y en la búsqueda de una mejor inserción internacional de Latinoamérica. La doctrina Calvo aplicada en el siglo XXI

es una expresión de reabrir debates sobre la generación de nuevos espacios institucionales tanto a nivel nacional como regional donde se represente el interés de los estados periféricos.

Juan Carlos Puig ha hecho uno de los aportes teóricos de las Relaciones Internacionales más profundos pensados desde y para América Latina. Toda su obra ha girado en torno a la creación de estrategias de vinculación internacional donde el continente pueda adquirir mayores márgenes de decisión propia y así poder elegir con mayor libertad las herramientas necesarias para superar el subdesarrollo y la dependencia. Es aquí donde la aplicación de la Doctrina Calvo en el siglo XXI puede ser analizada desde el concepto de autonomía heterodoxa en particular y de Relaciones internacionales en general que formuló Puig.

Señala este autor la existencia de una división de roles entre Estados. Éstos podían actuar como agentes repartidores y beneficiarios (1984, p. 54), ante la ausencia de un gobierno internacional con características estatales universales o globales, en cambio sí existe un régimen político internacional.

Para Puig (1987, p. 25) la autonomía es entendida como la ampliación del margen de decisión propia. Cuanto más autónomo es un ente mayores posibilidades tiene de desarrollarse como mejor lo entiende. La autonomía otorga la posibilidad de adoptar políticas más justas y equilibradas.

La doctrina Puiguiana ofrece una “hoja de ruta” teórica para fundamentar un camino nacional y regional hacia la autonomía, partiendo del hecho de que los países latinoamericanos no habían alcanzado aún su plena autonomía. El tránsito hacia la autonomía no podía ni puede lograrse sin que los países avanzaran simultáneamente en sus capacidades de viabilidad, lo cual no solo supone recursos suficientes sino también elites funcionales y decididas a emprender el camino de la autonomía. (Bernal Meza, 2015, p. 106).

La aplicación de la Doctrina Calvo en su versión del siglo XXI es una materialización de esa búsqueda de mayor autonomía internacional por parte de los Estados que decidan instaurarla.

## **6. Objetivos**

Los objetivos de la investigación son:

- Estudiar el tratamiento a la IED bajo los principios de la doctrina Calvo tanto en Bolivia como Ecuador.
- Determinar si el retorno de la Doctrina Calvo en el siglo XXI, es una manifestación de una búsqueda de mayor autonomía por parte de los Estados Latinoamericanos en la sociedad internacional.
- Comprobar si la aplicación de la Doctrina Calvo en Bolivia y Ecuador genera una disminución de los flujos de IED hacia estos Estados.

## **7. Encuadre metodológico**

La presente investigación tiene un diseño descriptivo/explicativo. Se describirá la situación con respecto a la regulación otorgada de manera independiente por los TBIs, los efectos que conlleva, al mismo tiempo que buscará explicar por qué se puede determinar el retorno de la Doctrina Calvo en América Latina con respecto a la IED.

Se realizará un estudio descriptivo y explicativo de la regulación global actual de la IED a través de los TBIs, señalando sus principales características y efectos. Asimismo desde una perspectiva crítica se abordará el actual sistema de los TBIs, y se explicará por qué se quiere remplazar por nuevas alternativas instrumentales. Se abordará las regulaciones impulsadas desde procesos de integración como la CAN, MERCOSUR y UNASUR. Se profundizará sobre las estrategias novedosas de Bolivia y Ecuador sobre regulación de la IED, en la búsqueda de determinar si estos postulados implican una búsqueda de una inserción internacional más autónoma.

La investigación se enmarcará dentro de un paradigma interpretativo/crítico, donde la finalidad de la investigación va a ser comprender e interpretar la realidad, para identificar elementos de cambio que le permita a América Latina lograr una mayor autonomía internacional al momento de la toma de decisiones en materia de relaciones económico internacionales. Se utilizarán tanto fuentes primarias como secundarias. El análisis y estudio del entramado institucional y jurídico que enmarca el desempeño de la IED en general y tanto en Bolivia como Ecuador en particular requiere de una aproximación directa a las fuentes primarias. La complejidad del objeto de estudio exige que la investigación se desarrolle desde un enfoque metodológico cualitativo complementado con estrategias cuantitativas al momento de la utilización de estadísticas. El método cualitativo permite la observación de la realidad con un sentido exploratorio, descriptivo e inductivo, que acerca los datos al investigador. De igual modo, se utilizó el método comparativo y la exégesis-dogmática para el estudio de las normas a las que se hace referencia a lo largo del trabajo, lo cual permitió triangular la información obtenida a través de diferentes vías.

## **CAPITULO I**

### **LA DOCTRINA CALVO**

“... Entre los principios fundamentales del derecho público internacional que la humanidad ha consagrado, es uno de los más preciosos el que determina que todos los Estados, cualquiera que sea la fuerza que dispongan, son entidades de derecho, perfectamente iguales entre sí y recíprocamente acreedoras por ello a la mismas consideraciones y respeto...” Luis María Drago.

#### **1. Antecedentes, principios y recepción**

En 1868, a pesar de que la mayoría de los países latinoamericanos eran independientes, aún no podían definirse con la característica de la estabilidad y con unos gobiernos verdaderamente democráticos.

Guerras civiles y revoluciones repentinas causaban muy a menudo cambios de gobiernos. Además, la soberanía no podía desarrollarse y seguir su curso natural debido a las injerencias extranjeras por las reclamaciones diplomáticas que los inversores europeos y norteamericanos llevaban a cabo, respaldados por el derecho internacional de la época que garantizaba el derecho de intervención sin ninguna restricción. Tras obtener la independencia, las naciones latinoamericanas se encontraron en un mundo de rivalidades internacionales y de política basada en el poder. Las potencias europeas, especialmente Gran Bretaña, que a veces había interpretado un papel decisivo en la lucha por dicha independencia, continuaron desempeñando un significativo papel político, además de económico, en América Latina hasta bien entrado el siglo xx.

Entre 1830 y 1890, las potencias europeas intervinieron directamente en el hemisferio muchas veces, empleando grados diversos de fuerza militar. Algunas de estas intervenciones tenían por objeto mantener la influencia ayudando a países latinoamericanos amigos en sus rivalidades con vecinos hostiles, además de proteger a sus

propios ciudadanos cuando eran maltratados por gobiernos de la región. Según la arraigada costumbre internacional del siglo XIX, las grandes potencias tenían que ser capaces de proteger la vida y la hacienda de sus ciudadanos en el extranjero, así como de hacer que se cumplieran las normas de comportamiento que se consideraban civilizadas. (Smith, 1991, 73).

Una ofensa dirigida a un ciudadano extranjero era directamente una ofensa también al Estado al cual él pertenecía, y ese Estado tenía todo derecho a obtener justicia en la forma que más le pareciera, inclusive la fuerza armada. Queda claro que el instrumento del derecho de intervención sirvió con frecuencia para sostener reclamaciones sin algún fundamento o *casus belli* para una intervención militar, del cual el Imperio mexicano de Maximiliano de Habsburgo es un ejemplo muy claro. (Tamburini, 2002, p. 5). También la crisis venezolana de 1902 convenció al por entonces presidente de Estados Unidos Theodore Roosevelt, de que ese país extendiera su poderío más allá de Cuba y Puerto Rico. Roosevelt había afirmado anteriormente que las naciones latinoamericanas no podían abusar de los intereses extranjeros y ocultarse luego detrás de la doctrina Monroe; en los casos en que algún país suramericano se comportara mal «..., que el país europeo le dé una zurra». (Smith, 1991, p. 88). Ese era el comportamiento que América Latina merecía en caso de “portarse mal”; una zurra proveniente de una potencia.

Carlos Calvo<sup>4</sup>, jurista y diplomático argentino, en su monumental tratado de seis tomos “Derecho Internacional teórico y práctico”, publicado en 1868, expone los principios básicos de su doctrina, tomando como fundamentos los principios de la soberanía nacional, la igualdad entre ciudadanos nacionales y extranjeros, y la jurisdicción territorial. Su tesis fue el resultado de sus análisis sobre la intervención que sufrió México en 1861 por los gobiernos de Inglaterra, Francia y España con el pretexto de cobrar deudas

---

<sup>4</sup> Carlos Calvo (1824-1906). Jurista y diplomático. Tratadista. Fundador del Instituto de Derecho Internacional de Gantes, Bélgica.

impagas, y que finalizó con la conquista del país azteca y la imposición de un gobierno imperial extranjero (Maximiliano de Austria). Calvo, a su vez tuvo en cuenta la explotación vivida por Perú, Bolivia y Chile por las compañías inglesas dedicadas a la comercialización del guano fertilizante (Raya de Vera, 2011, p. 22).

Como ya se manifestara la Doctrina Calvo sostiene dos conceptos bien diferenciados: I) Los Estados soberanos gozan del derecho de estar libres de cualquier forma de interferencia por parte de otros Estados; II) Los extranjeros gozan de los mismos derechos que los nacionales y, en caso de pleitos o reclamaciones, tendrán la obligación de recurrir ante los tribunales locales sin pedir la protección e intervención diplomática de su país de origen. (Tamburini, 2002, 2). Este segundo punto de la Doctrina Calvo se ha llevado al campo de las IED, por lo cual el inversor extranjero no debe gozar de una situación más favorable que los inversores locales y tanto sus derechos como obligaciones deben ser determinados bajo la jurisdicción exclusiva del Estado receptor del capital.

Aplicando la Doctrina Calvo, en 1872 el Canciller argentino Carlos Tejedor en 1872, sostuvo, a propósito de una propuesta histórica por perjuicios sufridos por ingleses atacados por indígenas de la región de Bahía Blanca, que, si los nacionales ingleses estaban sometidos a las leyes argentinas, no podían pretender una protección mayor que la ofrecida a los nacionales del país. (Díaz Muller, 1986: 71).

De la Doctrina, se desprende con posterioridad la “Cláusula Calvo”, introducida en los Tratados internacionales, con la finalidad de obligar a los ciudadanos extranjeros a que en caso de controversias contra el Estado en el que se radican, resuelvan la controversia en los tribunales locales, renunciando por ende a todo tipo de ayuda diplomática de sus propios gobiernos.

A partir de 1890, la doctrina Calvo se convirtió en el grito de combate jurídico e ideológico de las naciones latinoamericanas que querían impedir que las potencias industriales protegieran a sus ciudadanos y sus intereses. Se trataba del clásico debate entre deudores y acreedores, países desarrollados y países subdesarrollados, débiles y fuertes. La batalla en torno a esta doctrina aparecería bajo una forma u otra en casi todas las conferencias interamericanas. En la Segunda Conferencia Internacional de Estados Americanos (Ciudad



de México, 1901-1902) se propuso una resolución sobre el tratamiento de los extranjeros (parecido a la adoptada en la primera conferencia y rechazado por los Estados Unidos) que daba cuerpo a la doctrina Calvo. Como era de esperar, también Estados Unidos votó contra toda idea. (Smith, 1991, p. 91).

Así y conforme a lo previsible la Doctrina Calvo no tuvo ningún reconocimiento ni aceptación tanto en Europa como en Estados Unidos, pero sí en Latinoamérica, donde fue adoptada en la Primera Conferencia Internacional de Estados Americanos en 1869. “Los extranjeros gozaran de los mismos derechos civiles de los que gozan los nacionales y se les otorgarán todos los beneficios derivados de tales derechos, tanto en lo sustancial como en la forma o el procedimiento, y se les concederán los mismos recursos para su defensa otorgados a los nacionales. Una nación no tiene ni reconoce a favor de extranjeros, más obligaciones o responsabilidades que las establecidas a favor de los nacionales por la Constitución y las leyes en las mismas circunstancias.” (Raya de Vera, 2011, p. 24).

A su vez, la Doctrina Calvo fue receptada en muchísimas Constituciones de Estados latinoamericanos.<sup>5</sup> Es particular el caso de México, en su Constitución de 1917, aprobada en el gobierno de Venustiano Carranza, el artículo N° 27 inciso 1° dice que “... El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de relaciones exteriores en considerarse nacionales respecto de dichos bienes y en no evocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquellos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la nación los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo...”. Si se tiene en cuenta que para 1917, cuando se dicta la Constitución de México, el 90% de los recursos petrolíferos mexicanos pertenecían a empresas extranjeras, la incorporación de la Doctrina Calvo en su texto constitucional fue un hito para el derecho y la política latinoamericana.

---

<sup>5</sup> A modo de ejemplo la Constitución del Perú en su artículo N° 63 Inciso 2°, la Constitución de Ecuador en su artículo N° 14.

En el mismo orden de ideas, en la Nueva Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia del año 2009, se estipula en el artículo N° 320 que la inversión boliviana será priorizada frente a la inversión extranjera y que toda IED estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas. Así mismo no se podrá otorgar a Estados o empresas extranjeras condiciones más favorables que las establecidas para los ciudadanos bolivianos. En el texto constitucional, el propio Estado se define como independiente en todas las decisiones de política económica, y manifiesta no aceptar imposiciones ni condicionamientos de ningún tipo por parte de bancos, instituciones financieras, empresas multinacionales, etc.

La Constitución reformada de Ecuador de 2008, en la misma línea que la boliviana, expresa en su artículo N° 339 que el Estado va a promover tanto las inversiones nacionales como extranjeras, pero otorgándosele prioridad a la inversión nacional. La inversión extranjera será complementaria a la nacional y se orientará de acuerdo a las prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo.

De este modo se puede observar que ambos cuerpos normativos constitucionales responden a los clásicos postulados de la doctrina Calvo, donde los extranjeros merecen el mismo trato que los nacionales, pero nunca un trato mejor.

## CAPITULO II

### LA IED Y SU REGULACIÓN INTERNACIONAL

#### 2.1. Aspectos generales

La IED se ha constituido como trascendental fuente de ingresos para llevar a cabo los procesos de desarrollo, industrialización y reinserción en el comercio mundial de la mayoría de los países del globo.

Como uno de los principales efectos de la finalización de la segunda guerra mundial, se inició el proceso conocido como transnacionalización (Tomassini, 1984, p. 62). Las empresas comenzaron a fragmentar su producción para aprovechar las ventajas comparativas, diversificando internacionalmente la cadena global de valor. Para aumentar sus beneficios, las Empresas Transnacionales, demandaban la libre circulación de capitales, derecho a establecerse, de obtener garantías de que su inversión no sería expropiada (Raya de Vera, 2015, p. 6).

Con anterioridad se expuso que se la puede definir como la propiedad de activos en un país por parte de residentes en otro país con el objetivo de controlar el uso de tales activos, incluyendo tanto a aquella que supone la creación de activos nuevos, así como también la inversión que comporta cambios en el control de empresas ya establecidas (Bouzas, 2002, p. 97).

En esta materia , el consenso de Washington posicionó la idea de que sin capitales externos no hay posibilidad de desarrollo y sin protección de las inversiones, no se lograría la atracción de la inversión extranjera. (CAITISA, 2017, pp. 9-10).

El impulso a los TLC y los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones debe entenderse en este contexto. Dichos Tratados son una piedra angular del marco

legal supranacional que acota el poder regulatorio de los gobiernos y protege al capital transnacional. Los gobiernos que intentaran cambios fuera del marco neoliberal, serían demandados en tribunales de arbitraje internacional.

Los gobiernos de América Latina defendieron por mucho tiempo que las leyes nacionales y las jurisdicciones locales eran las idóneas para decidir sobre las disputas entre inversores extranjeros y los Estados. Esta resistencia se expresó, como mencionábamos, con la Doctrina Calvo. Sin embargo, durante los años de la década de 1990 se inicia un proceso de cambio de las normativas internas sobre inversiones y la firma de Acuerdos de protección de inversiones. Este cambio está dado por la experiencia de la crisis de la deuda externa que llevó a los gobiernos a buscar capitales internacionales por la vía de atraer inversiones en lugar de contraer deuda. A esto se sumó al pensamiento neoliberal dominante sobre la necesidad de ofrecer seguridad jurídica a los inversionistas, idea que promocionaron instituciones de confianza de los países del Sur Global, como la UNCTAD. (CAITISA, p. 10).

La IED afecta la economía de un Estado de varias formas, con consecuentes aspectos positivos como negativos. En el caso de América Latina ha sido una constante fuente de financiamiento, sobre todo a partir de la década de los '90, cuyo aumento ha permitido compensar en muchos casos la limitada capacidad industrial de los países de nuestra región, al recibir recursos valiosísimos en tecnología, *know-how*, acceso a mercados internacionales. Obteniendo un incremento en la productividad, los niveles de empleo y entre otras cosas mayores ingresos fiscales arrojando como resultado final un enriquecimiento general de las naciones receptoras de IED (Cerón Zapata, 2007, p. 16).

De la misma manera, y quizás dejando a la luz una de sus consecuencias negativas las inversiones que aquí analizamos en varias ocasiones han provocado el desplazamiento de empresas locales por parte de las transnacionales tanto en términos de financiamiento como acceso a insumos.

También se ha expresado anteriormente que a fines del siglo XX se ha transformado en un bienpreciado, sobre todo para los países subdesarrollados como lo demuestran los datos siguientes: en el período 1989-1994 el flujo de IED promedio anual fue de 59,6 mil millones de dólares pasando en el período 1995-2000 a 184 mil millones por año. Según la CEPAL (2018) ese flujo de IED en 2017 fue de 161.673 millones de dólares, cifra que es 3.6% menor que en el año anterior y un 20% por debajo del año 2011.

Para la CEPAL, un factor clave en la atracción de IED en la década de los 90 fue las privatizaciones que explican, en buena parte, el aumento de flujos de IED. Ello coincide con el período de firma de TBI, pero no necesariamente implica una relación causal entre TBI y aumento de la IED. (CAITISA, 2017, p. 65)

Es posible agregar otros factores de atracción, reconocidos por organismos internacionales: a) la existencia de infraestructura, rubro que ha tenido importantes avances en Ecuador; b) estabilidad económica y política y seguridad pública, aspectos en los que Ecuador tiene mejores resultados que otros países del continente. En consecuencia, la política pública para atraer IED puede ser más efectiva para atraer IED que la existencia o no de TBI. (p. 66).

Nutridos del devenir de la globalización económica, se fueron tomando conceptos consagrados del Derecho Internacional Público como la responsabilidad de los Estados por daños a los extranjeros y se desarrollaron una serie de tratados que consagraban por un lado derechos a unas figuras que hasta entonces no eran actores internacionales jurídicamente hablando, como lo eran los inversionistas extranjeros, a la par que les otorgaban un instrumento inédito, cuál era la posibilidad de demandar satisfacción judicial internacional a los Estados por acciones u omisiones internas.

El marco regulatorio que va a venir a regular a la IED es el Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras (DIIE), al cual se lo puede definir como el conjunto de normas de distinta naturaleza, de fuente convencional o interna, que tienen por objeto regular la protección del inversor foráneo, la liberalización y promoción de las inversiones, las

distorsiones en las mismas y el buen clima de inversión. Existen disposiciones normativas en esta materia, ya sea en tratados internacionales, resoluciones de organizaciones internacionales, legislación y reglamentación de fuente interna y los Principios Generales del Derecho entre otros.

El DIIE consiste en un conjunto de reglas que protegen a la inversión y al inversionista extranjero frente a las acciones de los Estados receptores de la inversión. Mediante la protección internacional a la inversión, los inversionistas se sentirían más seguros y en consecuencia atraídos a realizar inversiones en los Estados que se obligaran por esas reglas.

Este marco regulatorio tiene como objetivo, la protección al centro de imputación de normas de este ordenamiento que es el inversor extranjero.

Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) y los otros tratados donde se consagra parte sustancial del Derecho Internacional de Inversiones han sido producto de acuerdo de voluntad de los Estados, donde unos interesados en proteger el capital de sus nacionales han aceptado y logrado que los otros –los interesados en financiar su desarrollo – acepten las reglas que benefician a terceros, los inversionistas extranjeros. (García Bolívar, p. 139). Los TBIs han generado un sistema jurídico específico para la IED, caracterizado por su complejidad, diversidad y atomización. Raya de Vera (2015, p. 10) define como “especial” a este régimen, ya que introduce institutos particulares que favorecen a la IED como entre otro, el trato justo y equitativo, la no discriminación, el trato nacional, la protección a la expropiación indirecta y sobre todo la posibilidad de que un particular (individuo o Empresa) pueda demandar al Estado ante un tribunal arbitral internacional.

De esta manera al ser las IED un verdadero fenómeno en crecimiento y en expansión a nivel mundial, los Estados en camino a su atracción buscan crear un entorno adecuado a través de específicas políticas de estado tendientes a potenciar los beneficios de los inversores extranjeros y un buen “clima de inversión”.

Para comprender fenómenos tan trascendentales como el marco regulatorio para las inversiones extranjeras, y el posterior surgimiento y consolidación de los TBI es menester conocer como éste ha evolucionado a lo largo del tiempo.

Como se mencionaba con anterioridad, a la IED se la han intentado regular tanto desde ámbitos regionales como multilaterales. En el ámbito de la OMC los Estados parte han regulado la IED desde el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas al Comercio, y desde la OCDE se abordó la IED con el Acuerdo Multilateral de Inversiones. Ambos acuerdos han sido intentos desde los ámbitos multilaterales, pero como se abordará con posterioridad, los TBIs fueron los instrumentos elegidos por los Estados para regular el capital foráneo.

## **2.2. Los intentos de regulación de la IED desde organismos multilaterales**

### **2.2. A. Acuerdo sobre las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio (TRIMS)**

El sistema multilateral de comercio establecido a partir de 1947 con la entrada en vigencia del GATT solo regulaba el comercio internacional de mercaderías. Con la creación de la OMC en 1994 se incorporó al acervo de la regulación del comercio internacional el comercio de servicios, de derechos de propiedad intelectual y las inversiones vinculadas con el comercio de bienes. El auge de la IED promovió que dentro del ámbito de la OMC se establezca el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (TRIMs, por sus siglas en inglés). Como su nombre lo indica, este acuerdo se aplica únicamente a las medidas en materia de inversiones que afecten al comercio de mercancías, aunque los países desarrollados continúan presionando para extender su ámbito de aplicación al conjunto de las inversiones extranjeras. El Acuerdo tiene por objeto reducir los efectos de las restricciones al comercio internacional de mercaderías originados por las medidas establecidas respecto de las inversiones. Basaldúa (2008, p. 348) citando a Luff considera que este acuerdo no se propone facilitar o proteger las

inversiones, sino que por el contrario en el sistema de la OMC solo el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios juega ese rol únicamente en la medida en que concierne al tercer modo de suministrar servicios, realizado mediante la presencia comercial del proveedor de servicios. De hecho, no existe en el ámbito de la OMC un único acuerdo que regule el fenómeno de la IED.

En el artículo II del TRIMs se estipula que ningún Estado Parte de la OMC puede aplicar una medida relacionada con las inversiones extranjeras que sea incompatible con las disposiciones de los artículos III (Trato Nacional) y XI (Prohibición de restringir el comercio) del GATT (TRIMs; Art. II). En el mismo anexo del TRIMs se establece que los requisitos de contenido local al momento de efectuar una inversión como cualquier restricción a la exportación, a la importación o a las transferencias de divisas son contrarios a los artículos mencionados del Acuerdo de Comercio de Mercaderías. El TRIMs, aunque limitado en su regulación sienta el principio de que los Estados que reciben la inversión no deben trabar la libertad de gestión de la misma. El Acuerdo no deja de ser una reafirmación de la aplicación de las reglas del GATT a las inversiones vinculadas al comercio de mercaderías.



## **2.2. B. Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI)**

De la misma manera que se intentara desde la OMC, en el marco de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) se negoció en 1995 la aprobación de un Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI). El Acuerdo está dirigido a fomentar “buen clima” de inversión, otorgando una regulación a la IED muy similar a la que se observará en los TBI. El Acuerdo le impide a los gobiernos nacionales que establezcan diferencias entre inversores nacionales o extranjeros y que requieran cierto porcentaje de mano de obra local y el establecimiento de requisitos de reinversión en el propio país.

De acuerdo con el borrador del AMI, se presenta como un Acuerdo de “lista negativa” donde las obligaciones se aplican a todos los Estado que firmen el mismo y en todos los sectores de su economía, excepto en aquellos donde las excepciones se hacen explícitas (Bouzas, 2002,p. 123). El Acuerdo contempla excepciones generales que se aplicarían a todos con el agregado de reservas específicas propuestas por cada Estado.

Discutido durante meses en un discreto marco proporcionado por la OCDE, el proyecto de Acuerdo desencadenó en varios países una firme resistencia de parte de numerosos sectores de la sociedad civil, lo que terminó con el alejamiento de Francia de la Iniciativa y, provocó el inmediato abandono general del proyecto (Basaldúa, 2007, p. 347).

## **2.3. Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs)**

### **2.3. A. Antecedentes**

Los TBI se han transformado en el marco regulatorio por excelencia de las inversiones extranjeras. Pero para llegar hasta este presente se ha pasado por distintos intentos, ya que la IED es una materia en la que se ponen altísimos intereses en juego, ya sean económicos como políticos, y que ha generado la necesidad de establecer pautas de comportamiento, o un marco legal a lo largo del tiempo.

De esta manera nos encontramos con los tratados denominados de Amistad, Comercio y Navegación, los cuales de manera conjunta con el tradicional artículo 20 de la Constitución

Nacional otorgaban al inversor extranjero el mismo trato que a los nacionales de nuestro país. Pero la cuestión comienza a tornarse más compleja cuando a mediados del siglo pasado los cambios sucedidos a nivel internacional (finalización de la segunda guerra mundial, expansión de la globalización de la economía y otros segmentos del sistema mundial) los países exportadores de capital tuvieron que transformar el esquema de protección de inversiones.

Esta situación también es producto de la ausencia de un criterio único internacional de protección del inversor, ya que la cuestión de inversiones siempre fue considerada por los Estados como un tema sensible y de exclusiva reserva de soberanía. En consecuencia, como bien señala Tempone (2003, p. 20), en ausencia de un régimen convencional específico la doctrina del Derecho Internacional Público sostenía que el Estado receptor de capital debía garantizar al inversor extranjero un tratamiento conforme a un estándar internacional mínimo. De esta manera la práctica internacional tradicional consideraba que la expropiación o nacionalización, en violación de ese estándar, constituía un acto internacionalmente ilícito, regido por los principios generales del Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por actos ilícitos.

Ahora bien, frente a las políticas abusivas de los países exportadores de capital en nuestro subcontinente a principios del siglo pasado, vale recordar los cobros compulsivos de deuda pública mediante el bloqueo de puertos o el asalto de aduanas, provocó la respuesta de América Latina mediante las doctrinas Calvo, Drago e Irigoyen para interpretar y esclarecer el alcance del estándar mínimo internacional.

La conjunción de estas posturas viene a conformar lo que Raya de Vera (2009) sostiene como particularismo latinoamericano de Derecho Internacional Público, ya que es en el Derecho Internacional una de las pocas disciplinas en donde América Latina ha hecho un aporte hasta ahora no abordado por la academia internacional.

La Doctrina Drago, en la misma línea que plantea la Doctrina Calvo en cuanto a la igualdad entre los Estados y a la prohibición de interferir en los asuntos internos de los países, tiene su origen en una comunicación que efectuó el gobierno argentino a los

Estados Unidos el 29 de diciembre de 1902, como consecuencia de los bombardeos, bloqueos y asalto a la aduana venezolana que efectuara una flota conjunta entre Inglaterra, Alemania e Italia. Estos Estados incautaron todos los bienes que encontraron a su paso para cobrarse la deuda que mantenía Venezuela para con ellos y que había quedado suspendida por la gravedad de una crisis que soportaba.

De la misma manera, la doctrina Irigoyen, denominada así por la posición del diplomático argentino Bernardo de Irigoyen, consiste en negarle nacionalidad a las sociedades extranjeras, regulándose éstas por el lugar de constitución o donde posee el centro administrativo de gobierno.

En resumen, podemos afirmar que la posición que fueron adoptando los Estados hacia o para con las inversiones extranjeras corresponde con su ubicación en el flujo de capitales, ya sean exportadores o receptores de estos. De esta manera estas divergencias impulsaron a los países exportadores de capital a establecer reglas y principios para proteger al inversor extranjero, unificando así el derecho y sus respectivos efectos, dando lugar al nacimiento de los TBI.

### **2.3. B. Los TBIs y sus características**

Frente al fracaso de una regulación a la IED desde distintas Organizaciones multilaterales, el instrumento jurídico por excelencia que regula a la IED son los TBIs. Como ya se manifestara, estos acuerdos son regidos por el Derecho Internacional y están destinados a asegurar la estabilidad, predictibilidad y certeza de los marcos nacionales respecto a las inversiones extranjeras. Este tipo de tratado sienta las condiciones básicas para el tratamiento de los inversores foráneos, impidiendo a los Estados firmantes modificar de manera unilateral este tratamiento sin incurrir en responsabilidad internacional.

Las cláusulas que contienen los TBIs tienen como objetivo principal garantizar al inversor extranjero frente a aleas legislativas o de otra índole del Estado receptor de la inversión. Estos tratados contienen un conjunto de normas destinadas a los Estados, pero los beneficiarios directos de esta normativa son los inversores de uno y otro Estado. En este

sentido estamos en presencia de una reciprocidad negativa en las relaciones interestatales.

Los principales efectos jurídicos que trae aparejado la firma de un TBI son los siguientes:

- Tratamiento justo y equitativo: Esta cláusula normativa está íntimamente vinculada con el principio de buena fe. Teniendo en consideración la obligación de no tener un comportamiento contrario al objeto y fin del tratado. De esta manera el TBI firmado entre Argentina y Francia<sup>6</sup> en su artículo 3 enseña que cada una de las Partes Contratantes se compromete a otorgar, en su territorio y en su zona marítima, un tratamiento justo y equitativo conforme a los principios de Derecho Internacional, a las inversiones efectuadas por los inversores de la otra parte y a hacerlo de manera tal que el ejercicio del derecho así reconocido no sea de hecho ni de derecho obstaculizado. Este estándar, aplicado en un número importante de casos, se considera uno de los más ambiguos e imprecisos, por lo cual casi siempre se puede alegar su violación y obtener un resultado favorable para los inversionistas. En este sentido, la UNCTAD expresó que esto se ha convertido en “la base a la que más se recurre y de mayor éxito para las demandas de inversores en el marco de Acuerdos Internacionales de Inversión”. Al respecto, la UNCTAD también señaló que los árbitros interpretaron el concepto de trato justo y equitativo en un sentido bastante amplio, llegando a la conclusión de que el resultado puede ser un enfoque indefinido y desequilibrado, que favorece indebidamente a los intereses de los inversores, e ignora la regulación legítima en pro del interés público”. (CAITISA, 2017, p. 39)

- Protección y seguridad plena: Es un principio por el cual se amplían las obligaciones que los Estados parte han asumido y obliga a los Estados a ejercer la debida diligencia para la protección de la inversión extranjera.

---

<sup>6</sup> TBI firmado entre Argentina y Francia el 3 de Julio de 1991.

- Trato no discriminatorio: Esta garantía hace referencia a la obligación de no perjudicar con medidas injustificadas o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación en su territorio de las inversiones de inversores de la otra parte contratante.

Para que a un acto se lo considere discriminatorio deben manifestarse dos circunstancias: la medida debe redundar en un daño actual para el inversor y por otro lado, el acto debe haber sido realizado con la intención manifiesta de dañar al particular. Por lo que podemos concluir que será discriminatoria toda medida dirigida contra un inversor extranjero o un grupo de ellos, en razón de su nacionalidad provocándole un perjuicio en sus intereses.

De esta manera el TBI firmado entre Argentina y España sostiene en su artículo 3 inciso 1 que Cada Parte protegerá en su territorio las inversiones efectuadas, conforme a su legislación, o inversores de la otra Parte y no obstaculizará, mediante medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta ni, en su caso, la liquidación de tales inversiones.<sup>7</sup>

- Trato nacional: Este principio exige que el inversor extranjero reciba un igual trato que los inversores nacionales. La aplicación práctica de esta norma importa para evitar la discriminación existente en diversas normas locales respecto del inversor foráneo. Ahora bien, este trato no está ideado únicamente para otorgar estricta igualdad de trato con los inversores nacionales o los extranjeros, sino que su fin es asegurar un tratamiento privilegiado para los inversores extranjeros, ya que tanto en la formulación de la CNMF como en la de trato nacional se habla de tratamiento “no menos favorable” que el otorgado a los inversores nacionales o extranjeros de un tercer Estado contratante.
- Es una vez más el TBI firmado entre Argentina y España el que nos sirve de modelo ya que en su artículo 4 inc. 5 observamos que “además de las disposiciones del párrafo 2 del presente artículo cada parte aplicará, con arreglo a su legislación nacional, a las

---

<sup>7</sup> TBI firmado entre Argentina y España el 3 de Octubre de 1991.

inversiones de los inversores de la otra parte un tratamiento no menos favorable que el otorgado a sus propios inversores.

- Los TBIs amparan los contratos concluidos por un inversor extranjero con el Estado receptor. Siempre que un particular contrate con el Estado, dicho instrumento se encontrará sujeto a los vaivenes del derecho interno del Estado receptor, permitiéndole de esta manera resolver o conducir la ejecución del contrato de manera unilateral. Esta situación para algunos autores lleva a la internacionalización de los contratos administrativos internos, insertando a estos contratos en el orden jurídico internacional (Raya de Vera, 2009, p. 4).

- CNMF: Es un compromiso que asume el Estado receptor del capital frente a los restantes Estados de tratar a los inversores extranjeros con un trato no menos favorable que el que se otorga en situaciones similares a inversiones nacionales de terceros países. Si bien los TBIs, como su nombre lo indica, son bilaterales y tendrían efectos solamente para las Estados firmantes, mediante la CNMF, la cual está inserta en la mayoría de los TBIs, el contenido de estos acuerdos es susceptible de multilateralizarse, extendiendo su contenido y su respectiva regulación a todos los demás países que hayan firmado un acuerdo con el Estado.

- Cláusula paraguas: Está destinada a asegurar que el tratamiento más favorable al inversor que pudiera haberse estipulado en otros acuerdos internacionales o en la legislación doméstica de las Partes, no sea dejada sin efecto por las previsiones de los tratados. Determina, en consecuencia, que el respeto de tales acuerdos sea considerado una obligación bajo el “paraguas” del TBI y su violación por parte del Estado incumplidor acarree su responsabilidad internacional (Granato, 2006,; 35). En este sentido el TBI firmado entre Argentina y Alemania <sup>8</sup> en su artículo 7 inc. 2 dispone que “cada Parte contratante cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído con relación a las inversiones efectuadas por los nacionales o sociedades de la otra Parte contratante en su territorio”.

---

<sup>8</sup> TBI firmado entre Argentina y Alemania el 9 de Abril de 1991

- Cláusula de “estabilización”: En virtud de la presunción que tienen los inversores extranjeros de que las normas de alcance general carecen de estabilidad, y de las consecuencias que la modificación de la legislación por una normativa menos favorable al inversor extranjero podría producir, surge en consecuencia esta cláusula normativa con el objetivo de garantizar que, en el supuesto que la normativa sea modificada se siga aplicando a las inversiones anteriores a la modificación la legislación vigente al tiempo de la suscripción del TBI. Para este caso es ilustrativo el artículo 3 del TBI firmado entre Argentina y Panamá dispone que “ninguna de las Partes Contratantes tomará directa o indirectamente medidas de expropiación o de nacionalización, ni ninguna otra medida similar, incluyendo la modificación o derogación de las leyes que tenga el mismo efecto contra inversiones que se encuentran en su territorio y que pertenezcan a inversiones de la Parte Contratante, a menos que dichas medidas sean tomadas por razones de utilidad pública o de interés social, definidas en la legislación del Estado receptor, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal. Las medidas serán acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva”.
- Libre transferencia de divisas: Los TBIs prevén en general que los inversores extranjeros cuenten con la posibilidad de transferir libremente y sin restricciones todos los pagos relacionados con sus inversiones, incluida la ganancia del capital invertido y el producido de la liquidación total o parcial de la inversión. A su vez aseguran que la transferencia se realice sin demora, en moneda convertible y al cambio oficial del día de la transferencia. Esta repatriación del capital invertido constituye sin duda uno de los elementos clave a la hora de establecer garantías al inversor foráneo.
- Supervivencia o ultractividad: Determina el tiempo de continuidad de la vigencia del tratado luego de que un Estado parte lo haya denunciado. Permite un período de actividad posterior a la vigencia formal del tratado y habilita a que las obligaciones y la posibilidad de demandar permanezcan activas hasta por 20 años. Las cláusulas de supervivencia de los TBI del Ecuador abarcan una gama de posibilidades. El único TBI que contemplaba una supervivencia de 1 año era el primer TBI con Alemania, de 1965, el cual fue reemplazado por el que se celebró en 1996 y que, actualmente, tiene una

supervivencia de 15 años. Sólo los TBI con República Dominicana (ya denunciado y con supervivencia ya extinguida) e Italia poseen una ultractividad de cinco años. En el resto de los tratados, las cláusulas de supervivencia son de 10 ó 15 años luego de haber sido pronunciada la denuncia de estos acuerdos. Solamente en el TBI con Gran Bretaña, la supervivencia es todavía de un plazo mayor de 20 años, luego de haber sido denunciado. Otra anomalía es que los TBI suelen ser de tácita reconducción, es decir que, si no son denunciados, automáticamente se renuevan por un período más. Consecuentemente, en el caso de Ecuador, los períodos de renovación son de 10 años. (CAITISA, 2017, p. 19)

- Cláusula que prohíbe requisitos de desempeño: Ésta impide que los Estados receptores de capital establezcan para el establecimiento, la expansión o mantenimiento de las inversiones, en su legislación local medidas protectoras de desarrollo nacional. Por ejemplo, que ciertas mercaderías o servicios se adquieran localmente o bien que determinadas mercaderías deban ser exportadas entre otras.

Riesgos políticos “no comerciales” y la expropiación indirecta: Los TBI establecen reglas de protección que resguardan al inversor extranjero de los denominados riesgos políticos o no comerciales, es decir aquellos que son ajenos a los términos comerciales normales de la operación económica.

Ahora bien, para comprender la naturaleza y el alcance de los riesgos políticos es necesario detenernos unos instantes en el concepto de propiedad. Como marca Tempone (2003, p. 57) la propiedad en el sentido propio de esta palabra expresa la idea del poder jurídico más completo que puede tener una persona sobre una cosa, y se la puede definir como el derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida, de una manera exclusiva a la voluntad y a la acción de una persona.

En consecuencia los tratados firmados por América Latina no prohíben la expropiación o nacionalización, sino que asegura que esos actos sólo se podrán adoptar por razones de “utilidad pública”, sobre una base “no discriminatoria”, bajo el “debido proceso legal” y con el pago de una compensación “pronta, justa y efectiva”. Es ilustrativo de esta



situación el TBI firmado entre EEUU y Argentina<sup>9</sup> el cual en su artículo 4 inciso 3 dice que “A los nacionales o sociedades de una Parte cuyas inversiones sufran pérdidas en el territorio de la otra Parte con motivo de guerra o de otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, insurrección, disturbio civil o cualquier otro acontecimiento similar; la otra Parte les otorgará, un trato no menos favorable que el trato más favorable que otorgue a sus propios nacionales o sociedades o a los nacionales o sociedades de terceros países, respecto de las medidas que adopte con relación a tales pérdidas”.

En el mismo orden de ideas el TBI firmado entre Argentina y España en su artículo 5 observamos que “la nacionalización, expropiación, o cualquier otra medida de características o efectos similares que pueda ser adoptada por las autoridades de una Parte contra las inversiones de inversores de la otra Parte en su territorio, deberá aplicarse exclusivamente por causas de utilidad pública conforme a las disposiciones legales y en ningún caso deberá ser discriminatoria. La Parte que adoptara alguna de estas medidas pagará al inversor o a su derecho-habiente, sin demora injustificada, una indemnización adecuada, en moneda convertible”.

Los tratados suscritos por la región emplean la fórmula “pronta, justa y efectiva” para determinar el alcance y contenido de la indemnización y las modalidades de su pago. Esta situación constituye la recepción de la “fórmula Hull”<sup>10</sup> la cual ha traído innumerables divergencias entre países exportadores de capital y receptores del mismo. Si bien mediante la firma de los TBIs los países industrializados han logrado imponer su posición, los países en desarrollo intentaron establecer en el ámbito de Naciones Unidas una compensación apropiada, siendo éste un estándar más flexible, que posibilita tener en

---

<sup>9</sup> TBI firmado entre Argentina y EEUU el 14 de Noviembre de 1991.

<sup>10</sup> Cordell Hull fue Secretario de Estado de Estados Unidos de 1933 a 1944. En un contexto donde Latinoamérica, con México a la vanguardia, comenzó una etapa de nacionalizaciones de empresas multinacionales, Hull implemento una formula mediante la cual se implemento una compensación debida a las “víctimas” de las nacionalizaciones. Según la clausula “Hull” la compensación debería ser “inmediata”, “Proporcional” y “ efectiva”, es decir en dólares.

cuenta para determinar el monto de la indemnización factores como el beneficio obtenido por el inversor, el plazo de duración en que se han disfrutado de esos beneficios etc.

Ahora bien, es dable destacar que la protección al inversor extranjero que otorgan los TBIs no solo alcanza a la expropiación que venimos haciendo mención, sino también a la expropiación indirecta, que busca la protección de los riesgos políticos. La expropiación indirecta se configura cuando a través de la adopción de medidas de amplio espectro por parte del Estado receptor, se prive sustancialmente del uso y el valor de la inversión, aunque el inversor conserve la titularidad formal del bien. (Raya de Vera, 2015, p. 40).

En los casos “CMS Gas Transmisión Company c República Argentina”<sup>11</sup> y “Azurix c. República Argentina”<sup>12</sup> se observa como el inversor extranjero invocó la existencia de expropiación indirecta, al reclamar el incumplimiento del TBI como consecuencia de la aplicación de medidas políticas (como la ley argentina que ordenó la pesificación o el acto administrativo que ordenó congelar las tarifas) que menoscabaron el uso y goce de la inversión. Sin embargo, algunos tribunales arbitrales del CIADI, han exigido para que se configure la expropiación indirecta, que la medida gubernamental que prive de derechos al inversor no sea transitoria, posición que beneficia a los Estados en desarrollo demandados. Una vez más, y sobre un tema de sensibilidad, el CIADI lejos de ser la institución encargada de generar seguridad jurídica es quien otorga una peligrosa dispersión de criterios.

- Solución de controversias en tribunales internacionales. Los inversores extranjeros buscan en los TBIs determinadas condiciones que de por sí los gobiernos locales no le pueden garantizar. El sistema de solución de controversias se presenta, así como un factor más que aumenta el flujo de inversiones en el mundo, ya que torna aún más confiable la situación de los inversores extranjeros

Los TBIs, otorgan al inversor foráneo el derecho de someter toda controversia con el Estado receptor de capital a una instancia arbitral internacional.

---

<sup>11</sup> CIADI Nro. ARB/01/08

<sup>12</sup> CIADI Nro. ARB/01/12

Esta capacidad procesal le permite dirigir su propio reclamo, sin la intermediación del Estado del cual es nacional, superando de ese modo la concepción clásica del Derecho Internacional Público en la cual eran pura y exclusivamente los Estados quienes podían realizar reclamos internacionales. De esta manera cuando un particular tenía un inconveniente en otro Estado primero debía agotar las instancias locales del Estado de donde se suscitó el conflicto, para sí después poder encauzar el reclamo por la vía diplomática, siempre utilizando a su Estado de origen como intermediario. El TBI permite entonces a un particular demandar a un Estado por incumplimiento del Tratado en un tribunal arbitral internacional. La posibilidad de que un particular pueda demandar a un Estado fuera de la jurisdicción local procura para los Estados de América Latina en general y para Argentina en particular una clara contradicción a la Doctrina Calvo.

Los sistemas de solución de controversias que están incorporados en los TBIs suponen la presencia de tribunales arbitrales para resolver las divergencias. El más recurrido es el CIADI el cual fue creado por el Convenio de Washington de 1965, tiene su sede en la oficina principal del Banco Mundial en la misma ciudad. Fue el mismo Banco Mundial quien detectó y comprendió la preocupación que tenían los inversores extranjeros de someterse a la jurisdicción de los tribunales del Estado donde se ha establecido la inversión.

El convenio fue ratificado por 134 Estados (entre ellos la Argentina, quien lo suscribió el 21 de mayo de 1991 y depositó el instrumento de ratificación en octubre de 1994) y combina las instituciones del arbitraje entre Estados, regido por el Derecho Internacional Público, y el arbitraje comercial internacional del Derecho privado (Tempone, 2003, p. 95).

En líneas generales se trata de un procedimiento contencioso, pero con la particularidad de que los adversarios en litigio son, por un lado, el Estado receptor de la inversión y por otro el particular inversor que asume por sí su reclamo y su defensa.

- Opciones para el inversor: La mayoría de los TBIs contienen modalidades distintas para que el inversor extranjero ejerza el derecho a someter la solución de una controversia al proceso jurisdiccional. En algunos se establecen fórmulas intermedias

entre el agotamiento de los recursos internos y el recurso inmediato al arbitraje. Por otro lado, en otros TBIs se observa que se le confiere al inversor extranjero la total libertad de optar directamente entre la jurisdicción nacional o la arbitral.

De esta manera cuando el inversor no está habilitado a iniciar de manera directa el proceso arbitral debe obligatoriamente recurrir en primer término a los tribunales locales del Estado receptor de la inversión y permanecer en esa instancia por un plazo mínimo de 18 meses. Una vez transcurrido dicho plazo queda expedita la vía arbitral.

Por otro lado, están los TBIs que brindan la posibilidad al inversor extranjero de optar directamente, una vez finalizado el plazo para las negociaciones amistosas, entre acudir a la vía arbitral o judicial, pero una vez ejercido el derecho de opción precluye la posibilidad de cualquier otra alternativa. Para esta situación es ilustrativo el TBI firmado entre Argentina y Francia, ya que fue en este acuerdo la primera oportunidad en la que se brindó la posibilidad al inversor de optar directamente entre una u otra vía. De esta manera el mencionado tratado dice que "si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra parte, será sometida, a pedido del inversor: - O bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia; o bien al arbitraje internacional en las condiciones descriptas en el párrafo 3.

Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la parte contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva".

En cuanto a los efectos y características del laudo arbitral, el tribunal ad hoc constituido para resolver en la controversia suscitada emite un laudo en el cual resuelve el pleito aplicando las normas de derecho acordadas por las partes. Estos laudos son obligatorios para las partes y no pueden ser revisados por los tribunales nacionales.

Si bien el Convenio excluye absolutamente la apelación del laudo, admite a su vez los recursos de interpretación, anulación y revisión.

El objetivo del CIADI como el de cualquier mecanismo de solución de controversias, es otorgarle al ordenamiento jurídico ya sea local o internacional seguridad jurídica y certezas en materia tanto de interpretación como aplicación de la norma. El CIADI no es un Tribunal jurisdiccional permanente, al estilo de la Corte Internacional de Justicia o la Corte Penal Internacional; para cada litigio se constituye una formación ad hoc, lo cual genera en muchos casos una dispersión de criterio que lejos esta de generar seguridad jurídica. Los distintos tribunales arbitrales no han logrado consenso en aspectos centrales para el derecho internacional de las inversiones como lo son la aplicación de la CNM cuanto al requisito de agotar la jurisdicción interna del Estado requerido, o cuando o no se configura la expropiación indirecta.

Debido a la cantidad de TBIs firmados por distintos Estados como también el contenido que estos brindan, éstos se han consolidado como el régimen jurídico internacional por excelencia que regula la IED.

Este régimen y regulación otorgado por los TBIs, presentó un claro abandono por la región latinoamericana, con la excepción de Brasil, de la Doctrina Calvo.

#### **2.4. Críticas al actual régimen internacional de regulación de la IED**

Durante los años de 1990 el aumento de los volúmenes de Inversión extranjera, hacia América Latina, ratificó que la estrategia de protección de la IED adoptada por la región era la correcta. Así también se acrecentaban las expectativas sobre la capacidad de las inversiones provenientes del exterior para contribuir a un mayor crecimiento de los países latinoamericanos. Sin embargo, en la década siguiente, se estancaron las corrientes de inversiones. Se habían entregado áreas de explotación de alta rentabilidad, se había limitado las capacidades del Estado, se habían otorgado grandes privilegios y la región no despegaba. Por otro lado, surgieron un gran número de demandas millonarias de empresas trasnacionales que comienzan a hacer uso de los privilegios de los acuerdos de protección de inversiones para frenar cualquier intento de política pública que pueda disminuir las ganancias esperadas. A nivel internacional, la academia comienza a

preguntar si verdaderamente hay una relación directa y causal entre la firma de TBI y el aumento de la IED. Muchos contestan que no. Hay evidencia empírica de que el aumento de IED de los 90 tuvo otros factores, entre ellos, aprovechar los procesos de privatizaciones que se realizaron desde los primeros gobiernos neoliberales. (CAITISA, 2017, p. 11)

La simple lectura de los contenidos fundamentales de los TBI que mencionamos con anterioridad, permite deducir las limitaciones e interferencia a la potestad de un Estado para administrar y orientar la inversión extranjera que ingresa a su territorio en función de sus intereses legítimos y soberanos. Eso sí, aseguran la posibilidad de que los Estados sean objeto de demandas y laudos arbitrales en el Sistema de Arbitraje Internacional que imponen fuertes sanciones económicas ante una supuesta ruptura de cláusulas de los Tratados. (p. 20)

Recientemente, algunos gobiernos en América Latina, pero también en otros continentes, han decidido desvincularse de estos tipos de tratados. Estados tan dispares como Sudáfrica y Australia, y más recientemente Indonesia y Pakistán, han realizado procesos de revisión de su política de protección de inversiones. Tanto Australia como Sudáfrica concluyeron que la misma necesitaba cambios radicales. Sudáfrica e Indonesia, junto con Bolivia, Venezuela y Ecuador, son países que ya han comenzado a terminar con los TBIs, y están en proceso de desarrollar modelos alternativos que guiarán la firma de futuros acuerdos de esta naturaleza. (p. 12)

Una de las principales críticas al actual sistema radica en que los inversionistas son los principales beneficiarios del régimen de regulación. No se ha probado que suscribir TBIs garantice la atracción de inversiones extranjeras. Por el contrario, existen casos completamente contrarios. Brasil que no es parte de la CW y que no tiene vigente ningún TBI, es en América Latina, el Estado que más flujo de IED recibe. Según la CEPAL (2018, p. 30) en el año 2017 Brasil recibió el 63% de la IED dirigida a América del Sur y el 43% del total dirigida a América Latina y el Caribe.

García-Bolívar (2015, p. 147) sostiene que los inversionistas no toman en cuenta para invertir en un país, si este ha suscrito o no un TBI con su país de origen. El clima de negocios, tal como la infraestructura, los recursos naturales, recursos humanos, Estado de derecho, pesa más que ante el maltrato del país receptor del capital haya que acudir a los tribunales locales. Además, los inversionistas cuentan con la posibilidad de obtener seguros internacionales contra ese riesgo.

Otro ámbito de crítica al actual sistema de inversiones radica en el procedimiento de solución de controversias. En su momento, cuando se conformó la CW que creó al CIADI, la creación de un órgano judicial hubiera resultado excesivo debido a la poca conflictividad que se esperaba. El arbitraje parecía ser el procedimiento adecuado para la resolución de controversias. Pero como sostiene García Bolívar (p.152), los tiempos han cambiado, ha aumentado la litigiosidad, llegando a la presentación de 50 controversias anuales, al mismo tiempo que los asuntos abordado por los tribunales arbitrales engloban cuestiones de Derecho internacional Público como no se encuentra paralelo en el arbitraje comercial internacional. Los principios de *ius cogens*, la interpretación de los Tratados, la responsabilidad del Estado por daños causados a extranjeros, definición de inversión extranjera, la interpretación de la CNMF, la nacionalidad, la cláusula paraguas, las diferentes versiones de expropiación, el estado de necesidad, son temas tratados con cotidianeidad por los tribunales arbitrales de inversión.

A su vez, Gianelli (2011, p. 2) sostiene que, del actual sistema de regulación internacional de la IED, se critica el uso excesivo que han hecho muchos inversores de los mecanismos de solución de controversias, debido en gran parte a una interpretación extensiva de los estándares sustantivos de protección que han hecho algunos tribunales de arbitraje.

Es peculiar respecto del arbitraje (comercial o de inversiones), por contraste con todos los demás sistemas de resolución de controversias de forma judicial, es que la remuneración económica de los decisores está en sus propias manos. Dicho de otra manera: si los árbitros, nombrados siempre *ad-hoc*, caso por caso, deciden que no tienen competencia para resolver la disputa que se les trae, sus honorarios pueden verse dramáticamente

disminuidos. En cambio, si deciden que sí tienen jurisdicción y llevan la disputa hasta el final, sus honorarios pueden alcanzar el máximo monto que podría corresponderles.

Esto no sucede en un sistema judicial ordinario, donde el contenido de la decisión (rechazo o aceptación de jurisdicción, rechazo o aceptación del mérito, determinación de monto de daños, etc.) no impacta sobre la remuneración de los jueces/zas, ya que es fija. El sistema de arbitraje internacional de inversiones existente contiene un incentivo económico muy claro para que los árbitros acepten jurisdicción, desincentivando su rechazo. Esta es una de las razones, aunque no la única, que explica la adopción, por parte de muchos tribunales arbitrales, de criterios amplísimos de jurisdicción que resultan jurídicamente cuestionables. Los casos contra la República del Ecuador ejemplifican, con claridad, la tendencia mayoritaria de los tribunales arbitrales a interpretar, extensivamente (en vez de restrictivamente), los requisitos de jurisdicción al momento de resolver sobre su propia competencia. (CAITISA, 2017, p. 34).

Asimismo, hay que sumarle que el arbitraje ha sido desarrollado como un mecanismo alternativo a la resolución de disputas por tribunales, tenemos que en materia de inversiones extranjeras los arbitrajes de inversiones se han convertido en el *status quo* para resolución de controversias y no en la alternativa. Esto derivado, sobre todo del hecho que en el Derecho Internacional de Inversiones no existen tribunales permanentes frente a los cuales haya alguna alternativa que buscar. Por ello el objetivo de las críticas al actual sistema internacional de protección de inversiones extranjeras –algunas de las cuales como veremos es el caso de Bolivia, Ecuador y Venezuela que conformaron nuevas opciones a la regulación de la IED y a la solución de controversias- es justamente buscar alternativas al actual sistema de arbitraje internacional de inversiones

Al mismo tiempo los procedimientos frente al CIADI toman más de 2 años hasta que se dicta el laudo arbitral, los gastos y honorarios son en exceso altos. A su vez la designación de árbitros es un punto álgido de la crítica al sistema.

Hay árbitros que son parte de tantos tribunales arbitrales de inversiones bajo el CIADI, que coloquialmente se habla de la creación de una suerte de club informal de árbitros de



inversiones, al margen de la lista del CIADI, con árbitros que se desdoblan de su principal papel de abogados frente a otros tribunales arbitrales.

Muchos tienen mayor afinidad con el mundo comercial y su posición les da el poder de decidir si las políticas nacionales de los Estados son “legales”. Además, tienden a ignorar en su análisis de los casos que, en determinadas circunstancias, se deben implementar políticas públicas en el interés de los ciudadanos o el medioambiente, aun cuando estas afecten las ganancias de los inversores. (CAITISA, 2017, p. 51)

Se han identificado graves conflictos de intereses de los árbitros: Una de las principales críticas radica en el hecho de que los árbitros ejerzan frecuentemente, de manera paralela, el rol de representantes de las partes. También se ha identificado que los árbitros tienen incentivos monetarios para: a) beneficiar a los inversores, ya que estos son los únicos que pueden iniciar demandas, b) aceptar jurisdicción y alargar su participación en el caso lo más posible, puesto que mientras más largo sea el caso, mayor es su remuneración, y c) defender el sistema de arbitraje de inversiones como existe hoy. (CAITISA, p. 54)

A su vez, los laudos de los tribunales arbitrales presentan falta de consistencia, aplicando criterios diferentes a hechos similares, en temas de extrema sensibilidad como el alcance de la CNMF, la definición de la cláusula paraguas y el de nacionalidad.

De acuerdo a datos de la UNCTAD, teniendo en cuenta todos los mecanismos de solución de controversias existentes, al término de 2013, Argentina fue Estado con mayor número de demandas de inversores extranjeros, tanto en Sudamérica como a nivel mundial con un total de 53, seguida por Venezuela 36, República Checa 27, Egipto 23, Ecuador 22 y Canadá 22. (UNCTAD, 2014, p. 8). El 57% de los demandados son países en desarrollo, 27% desarrollados y 16% en transición, mientras que el 85% de los demandantes son nacionales de países desarrollados.

Tomando únicamente el CIADI, los Estados sudamericanos fueron demandados en 82 de los 236 casos que se registraron en el periodo 2000-2009. Lidera Argentina con 44

demandas, de las cuales 37 se debieron a las medidas económicas adoptadas en razón de la crisis económica del 2001.

El informe del CIADI de 2014, muestra en sus estadísticas que, en relación a la distribución por región geográfica de todos los casos registrados bajo la CW, la región con más casos en el mundo es América del Sur, abarcando el 27% de los mismos (209).

El mismo estudio muestra que los árbitros, conciliadores y miembros de los comités *ad hoc* elegidos pertenecen en un 47% a países de Europa occidental, 21% a América del Norte, 11% a América del Sur. Según el informe de CAITISA (2017, pp. 50-51), Solo 15 árbitros, casi todos ellos procedentes de Europa, los Estados Unidos o Canadá, han resuelto el 55% de todas las disputas conocidas basándose en tratados de inversión.

De 45 árbitros que han actuado en los casos contra Ecuador, el 64% provienen de “países desarrollados” (principalmente Inglaterra, Estados Unidos, Canadá y otros países de Europa). De estos árbitros un 73% sigue ejerciendo la abogacía en bufetes, y combinan la práctica de la profesión en firmas de abogados con su rol de árbitro. El 71% asesoran a empresas o son parte de directorios de empresas. En la práctica, este *modus operandi* tiende a desembocar en una serie de potenciales conflictos de intereses. De los 26 casos contra Ecuador, se han presentado conflictos de intereses que llevaron a pedidos de recusación en relación con 8 árbitros. En 5 de ellos, se trataba de árbitros nominados por el inversor. Los conflictos de intereses identificados en estos casos se relacionaron con declaraciones públicas que denotaban sesgo en contra del Gobierno ecuatoriano o sus representantes legales, una relación estrecha entre el árbitro y el bufete que representa al inversor y el haber actuado en otros casos donde las circunstancias eran muy similares.

La mayoría de los casos donde dos o más árbitros son parte de la “súper élite”, el laudo ha favorecido al inversor: se evidencia que de los once casos donde el Tribunal ha emitido un laudo, en seis fue a favor del Inversor (Oxy I, Duke Energy, Oxy II, Chevron (II), Perenco y Burlington). Lo que llama la atención es que, en cinco de los seis casos, dos o más de los árbitros que tomaron la decisión son considerados de súper élite. Por el contrario, de los casos donde el laudo fue a favor del Estado (M.C.I. Power Group, Encana, Emelec,

Ulysseas Murphy I), solo en uno, dos de los árbitros eran de súper élite. Esta situación demuestra que cuando dos o más de los árbitros son de súper élite, quienes tienen los intereses más altos en la supervivencia del sistema y para quienes su principal fuente de ingreso son las disputas inversor-Estado, las chances de que el resultado sea pro-inversor se incrementan.

Los miembros de estos órganos deberían pertenecer en forma más equitativa a las distintas regiones geográficas y por ende a las distintas visiones del mundo, y no solo a las del mundo desarrollado (pensamiento céntrico). América Latina debe exigir que se garanticen las distintas representaciones del mundo, que los costos a afrontar en un litigio sean razonables y que la celeridad en la solución de los casos muestre ventajas para ambas partes (Suñé, 2015).

En Sudamérica, la década de los '90 representa el momento de mayor auge de firma y ratificación de TBI y adhesión al CW, aun en Estados partidarios de la Doctrina Calvo. De los 275 acuerdos vigentes en Sudamérica, 226 que representan el 82% de la totalidad, fueron firmados en esa década.

En los últimos años, el gran número de demandas recibidas por los Estados de la región, especialmente aquellas basadas en nueva legislación interna relativa a sectores económicos sensibles como ser petróleo, gas y minería, energía eléctrica y otras fuentes de energía, aguas y servicios de saneamiento, finanzas, instrumentos de deuda, entre otros, que reclaman cuantiosas indemnizaciones, el cuestionamiento de los mecanismos de solución de controversias en sí mismo, así como la ausencia de prueba de la relación directa entre atracción de IED y la vigencia de los TBI<sup>13</sup>, han generado movimientos en torno a las posiciones de los Estados respecto a la década de los 90.

---

<sup>13</sup> Baker señala que los TBI tienen un efecto positivo en la atracción de la IED entre 1986 y 1995, pero tal efecto desaparece entre 1996 y 2004.

Así, los Estados Sudamericanos se han agrupado en tres posiciones: 1) no ratificar TBI ni ser miembro del CIADI (Brasil); 2) denunciar los TBI en vigor y el CW (situación de Bolivia, Ecuador y Venezuela); 3) mantener los TBI en vigor y permanecer en los foros de solución de controversias actuales (Argentina, Chile, Colombia, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam y Uruguay).

Uno de los desafíos que presenta la globalización, es un desafío jurídico, que se expresa en la necesidad de dirimir las disputas, de este mundo ampliado, mediante reglas aceptadas por todos los involucrados al mismo tiempo que resguarde los derechos soberanos de los estados más débiles.

La crítica formulada al actual régimen de regulaciones a la IED, según Gianelli (2011, p. 3) ha llevado a un cierto resurgimiento de la doctrina Calvo, sobre todo teniendo en consideración los casos de Bolivia y Ecuador. Para el autor, volver a la doctrina Calvo en su formulación original ya no es posible ni conveniente, lo que sí propone es la renegociación de los TBI, con la búsqueda de equilibrar los derechos tanto de los inversores como de los Estados. Tanto Gianelli como García Bolívar (2015, p. 157) proponen incluir al momento de renegociar los TBIs las siguientes cláusulas o requisitos: i) las de limitar el consentimiento para el inicio de juicios arbitrales a que la inversión se encuentre debidamente registrada por el Estado receptor; ii) incluir una cláusula que permita excluir de litigar en tribunales arbitrales a casos que involucren temas de interés público; iii) prohibir que la aplicación de la CNMF impida el cumplimiento de los plazos para el agotamiento de la vía judicial doméstica. iv) creación de tribunales de apelación de los laudos arbitrales; v) imponer obligaciones al inversionista, tales como las de responsabilidad social; vi) establecer que los propósitos de los TBI es atraer inversiones en tanto y cuanto sean beneficiosas para el desarrollo del país.

Aldo Ferrer (2010, p. 9), sostiene que ante los dilemas que presenta para los Estados periféricos el desarrollo en este sistema global hay que retomar tres mensajes de la obra y

del pensamiento de Raúl Prebisch: a) los países desarrollados conforman visiones del orden mundial funcionales a sus propios intereses (pensamiento céntrico) por lo que hay que desafiar ese esquema teórico para resolver el dilema; b) que es posible transformar la realidad y lograr una relación simétrica (no subordinada) con los centros de poder mundial; c) que la transformación requiere un cambio profundo en la estructura productiva para incorporar conocimiento. Ese ímpetu por transformar la realidad en la búsqueda de una relación no subordinada con los Estados Centro, se observa en el actual siglo con la búsqueda tanto de Bolivia como Ecuador a través de la aplicación de la doctrina Calvo de mayor autonomía en su inserción internacional.

Todo lo concerniente a la IED, y su consecuente regulación debe tener en miras los intereses de los millones de personas afectadas de una u otra manera.

La finalidad de un posicionamiento regional debe ir destinada a lograr que el impacto social de las inversiones recibidas sea mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y disminuir la desigualdad del continente. (Suñe, 2015, p. 213).

## **2.5. La Doctrina Calvo, su actualidad y la IED**

Sin embargo, el abandono que se mencionara de los postulados de Carlos Calvo no fue realizado por todos los países latinoamericanos, Brasil no tiene vigente ningún TBI ni es parte del CIADI así como tampoco permite que su Estado sea demandado por particulares en tribunales internacionales. Ecuador ha conformado una comisión *ad hoc* a los fines de determinar si los TBIs firmados en los '90 son contrarios a los intereses estratégicos ecuatorianos y de ser así estipulan denunciar los TBIs. Bolivia es el que más lejos ha ido en materia de generar un tratamiento a la IED distinto al otorgado en los TBIs, con disposiciones como la nacionalización de los recursos naturales y primarios, el registro y autorización de la inversión, la igualdad de trato entre inversores extranjeros y nacionales, así como también la imposibilidad de demandar al Estado en instancias internacionales por cuestiones vinculadas a inversiones. Tanto Ecuador como Bolivia impulsan en el

ámbito de UNASUR el establecimiento de un Centro de solución de controversias regional en materia de inversiones, que remplace la jurisdicción del CIADI.

Las posiciones frente al capital extranjero por parte de Brasil, Bolivia y Ecuador confirman el resurgimiento de la Doctrina Calvo.

## CAPITULO III

### LA REGULACIÓN A LA IED DESDE LA COMUNIDAD ANDINA Y EL MERCOSUR.

#### DOS PROPUESTAS DIFERENTES

El tratamiento y la regulación de la IED en un proceso de integración regional es una cuestión de suma sensibilidad, tanto para otorgar certeza como seguridad jurídica a los inversores que pertenecen al bloque regional como a los inversores “extra-zona”, tanto más para poder generar un mayor y mejor flujo en la región.

#### **3.1. La regulación a la IED en la CA. La Decisión 24 y el regionalismo cerrado**

El régimen establecido en la subregión andina, mediante la Decisión 24, estuvo enmarcado en el paradigma del regionalismo cerrado, intentó como nunca ni después, regular desde un proceso de integración la IED y colocarla al servicio de las estrategias de desarrollo de sus miembros.

Desde sus inicios en 1969 hasta aproximadamente fines de la década del `80, el proceso de integración andino estuvo enmarcado en el paradigma del regionalismo cerrado, el cual, por aquel entonces, junto con la política de sustitución de importaciones constituían la piedra angular del modelo de desarrollo de los países latinoamericanos. Al integrarse países con un desarrollo similar relativo de su sector industrial, se perseguía superar las limitaciones que se presentaron en el Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC). Covarrubias Marquina (2008, p. 115) señala que los objetivos que se plantearon en el inicio del proceso de integración andino fueron: a) la promoción del desarrollo equilibrado mediante la integración y la cooperación económica y social; b) facilitar la participación en el proceso de integración regional, con la finalidad de insertarse gradualmente en la conformación de un mercado común latinoamericano; c) idear políticas destinadas a coordinar e intensificar el proceso de industrialización subregional; d) propiciar la armonización de políticas económicas comunes; e) la promoción de

programas y acciones orientados a impulsar el desarrollo científico y tecnológico, la integración fronteriza, el turismo, la conservación de los recursos naturales y el medio ambiente, el desarrollo y la comunicación social.

Los objetivos señalados eran de una profundidad tal que iban a requerir por parte de los miembros de un fuerte consenso político como también instrumentos con la suficiente eficacia para materializar las metas estipuladas. Así se establecieron tales como la liberalización arancelaria, automática y lineal acompañada por la constitución progresiva de un arancel externo común para lograr primero una zona de libre comercio y luego la unión aduanera; la programación conjunta y asignación industrial, mediante programas sectoriales de desarrollo industrial –automotriz, metal-mecánica, y petroquímica-; coordinación de políticas económicas y sociales -el régimen regulatorio de la Decisión 24 a la radicación de inversiones extranjeras es producto de este aspecto-; la constitución de un sistema institucional fuerte para dirigir el proceso; un programa para acelerar el desarrollo del sector agropecuario; la integración física; el tratamiento preferencial para Bolivia y Ecuador, sumado a la canalización de recursos para facilitar la financiación de las inversiones que el propio proceso requería. (Mellado, 2009, p. 32).

En este contexto de regionalismo cerrado, la IED era considerada como una herramienta más al servicio tanto de la industrialización como al desarrollo de los Estados y no debía ser un obstáculo a la integración regional. Ernesto Tironi (1976, p. 2) señala que desde 1966, en la "Declaración de Bogotá", se establecieron las bases doctrinarias del Acuerdo de Cartagena, cuando los Presidentes y los representantes de Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela declararon: "... Consideramos que el capital privado extranjero puede realizar un aporte considerable al desarrollo económico de América Latina, siempre que estimule la capitalización del país donde se radique; facilite la participación amplia del capital nacional en ese proceso y no cree obstáculos para la integración regional."

Cuando el 31 de diciembre de 1970 se dicta la Decisión 24 sobre el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales extranjeros, los principales objetivos de este acuerdo eran adoptar una política común para mitigar la dependencia absoluta en la IED, promover un



desarrollo balanceado y armónico de los Estados miembros. (Berrios, 1981, p. 2). Desde la propia concepción de la idea de integración andina, la consideración y preocupación central era dirigida al papel que jugaban las empresas transnacionales. No se intentaba impedir el flujo de inversión extranjera directa o de tecnología a los países andinos, sino que, por el contrario, regularlo, ponerlo al servicio de la estrategia de desarrollo de sus países integrantes.

La Decisión 24 va a implicar una política uniforme con respecto a las actividades que están más íntimamente relacionadas con la integración, al mismo tiempo que va a permitir mayor flexibilidad a cada Estado Parte respecto a la política de IED destinada a sectores como la minería, el petróleo u otros recursos naturales.

El Régimen regulatorio a la IED propuesto por el proceso de integración regional andino estipulaba que cada proyecto de inversión extranjera debía ser autorizado explícitamente y registrado por la autoridad nacional competente, por consiguiente, como norma general, debería existir un patrón de admisión selectivo. La Decisión 24 recomienda excluir la IED de sectores específicos de las economías, tales como las industrias extractivas, los servicios públicos y los medios de comunicación de masas. (Tironi, 1976, p. 4). A su vez, como principio general se estableció que las empresas extranjeras, nuevas o existentes deberían convertirse gradualmente en compañías de tipo mixtas. A partir de la entrada en vigencia de esta Decisión las empresas tendrían un plazo de quince años para transformarse y las empresas radicadas en los países andinos de menor desarrollo tendrían un plazo de 20 años.

Vale aclarar, que el marco regulatorio a la IED estipulado en el Grupo Andino regía para todas las compañías extranjeras que estaban establecidas o se quisieran establecer en la subregión, y que buscaran beneficiarse del régimen del Mercado Común ideado en el proceso de integración.

Cuando la Decisión 24 entró en vigencia, la reacción inmediata de los inversionistas extranjeros fue considerarla muy restrictiva. Sin embargo, las actitudes variaron, en particular de acuerdo a la nacionalidad de los inversionistas. Los norteamericanos eran los que se oponían más, al mismo tiempo que los inversores tanto europeos como japoneses

estaban más proclives a aceptarla (Tironi, p. 9). Aunque la Decisión 24 fue observada con recelo por parte de los inversores, a partir de su entrada en vigor, el flujo de IED hacia la subregión Andina no descendió para nada, sino que por el contrario aumentó de manera sistemática. Tanto es así que el propio EEUU, antes de la Decisión había incrementado en un 3.9% la IED hacia el sector de manufacturero, y con posterioridad a la misma aumentó al 11% (p.11).

Como se manifestó con anterioridad, con el paso al regionalismo abierto, el cambio de paradigma de desarrollo y otros acontecimientos a nivel mundial influyeron en el abandono del marco regulatorio por parte de los países. Sin embargo, fue un instrumento jurídico innovador al permitir un régimen regulatorio regional uniforme en pos de desarrollo de sus miembros

### **3.2. La regulación de la IED en el MERCOSUR**

En el ámbito específico del MERCOSUR se ha intentado armonizar el tratamiento otorgado a la IED con los Protocolos de Colonia (dirigido a los inversores “intra- zona”) y de Buenos Aires (dirigido a los inversores extra-zona), ambos de 1994. En líneas generales establecieron los mismos principios y obligaciones, a la vez que no se diferencian demasiado de la regulación que otorgan los TBIs. Ambos reconocen la igualdad de tratamiento entre el inversor nacional y el extranjero, siendo en este sentido el protocolo de Colonia (el que tiene efectos intra-zona) más flexible que el de Buenos Aires ya que otorga un trato no menos favorable, implicando un trato al menos igual o mejor pero nunca inferior. En el mismo orden de ideas se eliminan el trato al inversor extranjero con medidas injustificadas o discriminatorias; se le reconoce al inversor foráneo una total libertad para la transferencia de capitales así como también la prohibición de expropiar o nacionalizar los bienes que compongan la inversión, salvo que sean decretadas por razones de utilidad pública y previa indemnización. A su vez también se le da la posibilidad al inversor extranjero, de igual manera que los TBIs, de que recurran al arbitraje internacional fuera del sistema arbitral del MERCOSUR.

El Protocolo de Buenos Aires especifica que los Estados Partes se comprometen a no otorgar a inversores extra-zona un tratamiento más favorable que el establecido en este Protocolo.

Brasil hacia mediados de la década de los `90 firmó diez TBIs, sin estar vigente ninguno debido a la falta de ratificación de su Congreso Nacional por considerarlos inconstitucionales. Anteriormente mencionamos que tanto el Protocolo de Colonia y el de Buenos Aires establecían un tratamiento al inversor extranjero similar al establecido en los TBIs. Tanto en estos como en el Protocolo de Colonia y de Buenos Aires se estipula que el inversor extranjero (un particular) tiene la atribución de demandar a un Estado en una jurisdicción arbitral internacional. Vale recordar que Brasil suscribe, para la incorporación del Derecho Internacional a su ordenamiento interno, la teoría dualista en la cual se entiende que tanto el ordenamiento jurídico internacional y el interno son diferentes e independientes entre sí, y por ello para que una norma internacional se incorpore al ordenamiento jurídico interno es menester su transformación en derecho local. En consecuencia, un Tratado Internacional no podría delegar soberanía sobre temas jurisdiccionales en organismos arbitrales foráneos, por tener la norma internacional la misma consideración jerárquica que el derecho interno. En el mismo orden de ideas, la Constitución Nacional de Brasil estipula en su artículo 5° que todos los ciudadanos son iguales frente a la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos que la misma Constitución determina. Permitirles a los inversores extranjeros, mediante instrumentos internacionales, la posibilidad de demandar al propio Estado en procedimientos arbitrales internacionales, configuraría una discriminación a sus inversores nacionales, quienes no tendrían la posibilidad de acceder a esas instancias de solución de controversias. La Carta Magna de Brasil tampoco autoriza en ningún apartado la cesión de soberanía a diferentes Organizaciones Internacionales. En este sentido Brasil no ha firmado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados

de 1966 que diera nacimiento al CIADI (principal Órgano de resolución de controversias en materia de IED), justamente por la cesión de competencias en materia jurisdiccional que contiene. Para los respectivos gobiernos brasileños siempre fue una preocupación la injerencia extranjera en asuntos internos, por lo que los inversores, aplicando el Derecho Internacional consuetudinario y la Doctrina en particular, deben resolver las controversias integralmente en el ordenamiento jurídico interno brasileño. No se podrá prever una adhesión de Brasil al CIADI hasta en cuanto no se abandone el procedimiento arbitral actual y se judicialice el sistema de solución de controversias. (Fountoura Costa, 2008, p. 264).

Brasil no ha ratificado ningún TBI como tampoco los Protocolos de Colonia y Buenos Aires, porque contradicen tanto su Constitución Nacional, como también sus postulados doctrinarios y jurisprudenciales en materia de aplicación e incorporación del Derecho Internacional. Brasil ha tenido una reticencia histórica a ceder atribuciones y competencias soberanas a la hora de ratificar acuerdos internacionales, lo que consolida su aplicación de la doctrina Calvo aun en el siglo XXI.

En miras de armonizar el tratamiento a la IED en el MERCOSUR, mediante la Resolución 13/00 el Grupo Mercado Común creó el Subgrupo de Trabajo Nº 12 “Inversiones”, cuya atribución es recomendar los cursos de acción sobre esta temática.

Frente a la imposibilidad de entrada en vigencia del Protocolo de Colonia y del de Buenos Aires, parecía que la regulación a la IED en el ámbito del MERCOSUR iba a seguir siendo de tipo unilateral, optando cada Estado Parte por estrategias individuales. Sin embargo, el Consejo del Mercado Común (CMC) emitió en diciembre del 2010 la decisión Nro. 30/10 en la cual se plantean las directrices para la celebración de un Acuerdo de Inversiones en el MERCOSUR. En el considerando de la Decisión el CMC sostiene “Que la celebración de un acuerdo de inversiones en el MERCOSUR constituye una iniciativa fundamental para el desarrollo de las economías de los Estados Partes, para la profundización de la Unión Aduanera y para la progresiva conformación del Mercado Común.” La Decisión deroga el Protocolo de Colonia y el de Buenos Aires, al mismo tiempo que instruye al subgrupo de

Trabajo N° 12 “Inversiones” a elaborar una propuesta de Acuerdo de Inversiones en el MERCOSUR. Si bien la Decisión estableció, diciembre de 2011 como fecha para la propuesta de Acuerdo, todavía los representantes de los Estados Parte no han arribado a un consenso suficiente para avanzar definitivamente hacia dicho instrumento.

En el anexo de la Decisión 30/10 el CMC estableció que las directrices en que debe basarse el proyecto son: 1) el ámbito de aplicación será inversión extranjera directa en bienes; 2) entre las obligaciones principales se deben establecer reglas de tratamiento nacional, transparencia, reglamentación nacional, personal; 3) se debe determinar el alcance de disciplinas relativas a la protección en materia de expropiación; 4) se definirá la modalidad de consignación de compromisos; 5) se establecerá una modalidad de liberalización de las restricciones que se consignarán en una lista; 6) se acordará una clasificación común para la consignación de compromisos; 7) el mecanismo de solución de controversias debe basarse en el modelo Estado-Estado, con base en el Protocolo de Olivos; 8) se deben establecer las condiciones para la libre transferencia de capitales; y 9) en relación a la entrada en vigor, se preverá la vigencia bilateral.

## **CAPITULO IV.**

### **NUEVAS ESTRATEGIAS DE REGULACIÓN DE LA IED: BOLIVIA, ECUADOR Y UNASUR**

Como se dijo con anterioridad, algunos Estados latinoamericanos, como Bolivia y Ecuador están dedicados a la búsqueda de una nueva regulación a la IED. Tanto es así que ambos Estados impulsan en el ámbito de UNASUR el establecimiento de un Centro de solución de controversias regional en materia de inversiones, que remplace la jurisdicción del CIADI. Las estrategias de inserción internacional en general y el tratamiento otorgado en particular a la IED tanto en los TBIs como en los Tratados de Libre Comercio (TLC) por Chile, Colombia y Perú dificultan el arribo de un acuerdo definitivo sobre este nuevo régimen. Un mecanismo de solución de controversias propio de UNASUR, puede ser un avance de consideración a la hora de establecer una nueva arquitectura institucional para el tratamiento de la IED. De implementarse el proyecto del Centro de Inversiones de UNASUR, donde se obliga a los inversores a litigar en el fuero regional, estaríamos en presencia de un retorno de la doctrina Calvo, esta vez ampliada más allá del ámbito nacional, para transformarse en una doctrina de alcance regional.

#### **4.1. Ecuador**

Este país al igual que gran parte de Sudamérica en la década de los '90 estableció como estrategia para recibir IED la firma de TBIs.

Durante los últimos años se ha dado un incremento exponencial de demandas multimillonarias de inversores contra Estados en base a TBI. De acuerdo con datos de la UNCTAD, en el periodo 1987-1999 sólo se conocían 38 casos globalmente; para finales del 2014, se habían presentado un total de 608 demandas inversor-Estado. Aunque América Latina ha sido la región más golpeada por el arbitraje de inversión. Ecuador está considerado por la UNCTAD el sexto país en el mundo que más demandas ha recibido.

A abril del 2017, el Estado ecuatoriano ha sido demandado, sobre la base de los TBI, por inversores extranjeros ante tribunales internacionales, en 26 ocasiones; de ese total, 12

demandas han sido interpuestas ante el CIADI, mientras que ocho procesos han sido presentados ante la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya. Por otro lado, en tres ocasiones las demandas han sido planteadas a la Corte de Londres de Arbitraje Internacional y, finalmente, en 3 casos no se ha elegido un tribunal para conocer la causa. La suma de los montos reclamados por las Empresas Transnacionales en dichos reclamos asciende a la cifra de 19.500 millones de dólares. Ecuador ha sido demandado en base a los TBIs. Vale notar que cuatro inversores han demandado al país de manera repetida: Chevron (3 veces), *Murphy Exploration and Production Company International* (3 veces), Occidental (Oxy) (2 veces) y Repsol YPF (2 veces). Todo lo cual computa la suma de 118 millones de dólares de gastos.

La mayoría de las empresas demandantes operan en el sector de exploración de petróleo (13 casos, 50%). Las otras áreas donde operan la mayor parte de las empresas demandantes incluyen: suministro de electricidad (5 casos, 19%), minería (3 casos, 12%) y otros cinco sectores (un caso cada cual 19%). En los 26 procesos arbitrales se han invocado 6 TBI suscritos por el Ecuador, siendo el tratado firmado con Estados Unidos el más utilizado (16 ocasiones), le sigue el TBI con Canadá en cuatro ocasiones. (CAITISA, 2017, p. 31)

Como se puede concluir, de los 26 casos, solo dos procesos fueron presentados por inversores de países latinoamericanos (Bolivia y Argentina); los otros inversionistas corresponden a países propietarios de grandes capitales. Actualmente, 16 casos han concluido, mientras que 10 procesos continúan abiertos en diferentes etapas arbitrales o en procesos de cobro. En 14 casos, se han determinado algún tipo de pago o compensación financiera por parte del Estado ecuatoriano, en 8 en virtud de un laudo condenatorio, en 6 casos como resultado de un acuerdo entre partes. Solo en 5 casos el tribunal falló que el Estado no había violado el TBI o no admitió jurisdicción para conocer del caso. (CAITISA, p.32)

De los procesos aún abiertos, es decir, aquellos sobre los cuales los tribunales aún no han emitido laudo final, las cuantías de las demandas suman USD 11.188'966.571. Cabe

señalar que, en dos casos, *RSM Corporation* y *Zamora Gold*, no ha sido posible identificar el monto de su cuantía. De los procesos abiertos respecto de los cuales se emitió laudo, pero existen recursos pendientes, las cuantías determinadas ascienden a USD 377'415.988. Hasta abril de 2017, el Estado ecuatoriano ha pagado USD \$ 1.342'115.969 en función de laudos negativos o por acuerdo de partes (a las empresas IBM, Oxy I, Duke Energy, Noble Energy & Machala, Oxy y Chevrón) menos el pago ordenado a favor del Estado en el caso Ulysseas. En las demandas por arbitraje de inversiones en base a TBI, en el período 2003-2013, el Estado ecuatoriano desembolsó un total USD \$155'929.417. (CAITISA, p. 93).

Esta situación tan desventajosa frente a la regulación otorgada por los TBIs y su consecuencia en los laudos del CIADI llevó a Ecuador a diseñar una regulación alternativa al capital extranjero. De esta manera Ecuador, como se dijo con anterioridad, es uno de los Estados de Sudamérica que más ha avanzado en materia de generar un nuevo sistema de regulación a la IED.

Desde el propio diseño de la economía a partir del gobierno de Rafael Correa se puede observar políticas que buscan confrontar y generar una nueva estructura económico-financiera, en primer lugar para el propio Ecuador y en segundo pretende exportar ese nuevo diseño a los demás Estados sudamericanos. Así, se destaca la noción de una economía centralmente planificada, que prepondera el rol del Estado no solo en la regulación, promoción y control del orden económico sino incluso con la instauración de competencias de operación directa y estratégica de ciertos sectores (Guerra Bello, 2012, p. 33). En la ejecución de este nuevo rol asignado al Estado, se destaca la creación de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (Sendaples), que es responsable de la supervisión del Plan Nacional del Buen Vivir<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> El plan del buen vivir 2010/2017 es un programa que lanzó el gobierno de Rafael Correa con el objetivo de planificar el alcance y materialización de una forma de vida que permita la felicidad, la permanencia de la diversidad cultural y ambiental. Es armonía, igualdad, equidad y solidaridad. El Buen Vivir es una idea social movilizadora, que va más allá del concepto de desarrollo –que se encuentra vigente en la tradición occidental–, pues está asociado a una noción más amplia de progreso. No se trata de un nuevo paradigma



En este nuevo contexto tanto económico como incluso constitucional, Ecuador impulsa una reforma estructural a la manera en que regula a la IED.

La nueva regulación a la IED por parte de Ecuador ocurre en un contexto más amplio de visión y estrategia de política económica, que comenzó a plasmarse con el gobierno de Rafael Correa, en particular con la reforma de la Constitución Nacional del año 2008. Es a partir de este nuevo texto que el estado ecuatoriano va a estructurar una nueva arquitectura tanto institucional como práctica en cuanto a la relación Estado–Economía–Relaciones Internacionales. El Estado adquiere presencia en todo el ámbito de la economía, pero sobre todo en aquellos sectores estratégicos o sensibles como los recursos naturales. La regulación a la IED va a ser uno de los aspectos que han decidido transformar, con una vocación de “exportar” este modelo hacia toda la región.

Del texto constitucional, en el título VI Capítulo IV se aborda el nuevo posicionamiento ecuatoriano frente al desarrollo económico, de donde se desprende un claro rol intervencionista por parte del Estado. Así el artículo N° 275 va a sostener que “... El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución.” En el mismo orden de ideas, el artículo N° 276 2° y 4° párrafo manifiesta que uno de los objetivos del régimen de desarrollo es la construcción de un sistema

---

de desarrollo, sino de una alternativa social, liberadora, que propone otras prioridades para la organización social, diferentes del simple crecimiento económico. El Plan es un conjunto de objetivos que expresan: Consolidar el Estado democrático y la construcción del poder popular. Auspiciar la igualdad, la cohesión, la inclusión y la equidad social y territorial, en la diversidad. Mejorar la calidad de vida de la población. Fortalecer las capacidades y potencialidades de la ciudadanía. Construir espacios de encuentro común y fortalecer la identidad nacional, las identidades diversas, la plurinacionalidad y la interculturalidad. Consolidar la transformación de la justicia y fortalecer la seguridad integral, en estricto respeto a los derechos humanos. Garantizar los derechos de la naturaleza y promover la sostenibilidad territorial y global. Consolidar el sistema económico social y solidario, de forma sostenible. Garantizar el trabajo digno en todas sus formas. Impulsar la transformación de la matriz productiva. Asegurar la soberanía y eficiencia de los sectores estratégicos para la transformación industrial y tecnológica. Garantizar la soberanía y la paz, profundizar la inserción estratégica en el mundo y la integración latinoamericana.

económico justo, democrático y sostenible, al mismo tiempo que se plasma la recuperación y conservación de la naturaleza para lograr un ambiente sustentable. Este tema no es menor a la luz de que las principales inversiones extranjeras, así como también las demandas contra Ecuador en ámbitos internacionales suscitan a raíz de reclamos por los sectores naturales. Fortaleciendo estos principios, vinculados al mercado, al desarrollo y a la protección de la naturaleza, el artículo 283 en el capítulo concerniente a la soberanía económica expresa: “El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones”.

Asimismo, el artículo N° 313 sostiene: “El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.”

Este nuevo rol del Estado, que queda consignado en la Constitución, como se mencionara con anterioridad va a intervenir activamente en lo que se refiere a materia y promoción de la IED. Tanto es así que el propio artículo 339 con contundencia define: “El Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras, y establecerá regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos, otorgando prioridad a la inversión nacional. Las inversiones se orientarán con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica, y generación de equilibrios regionales y sectoriales. La inversión extranjera directa será complementaria a la nacional, estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de

las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en los diversos planes de desarrollo de los gobiernos autónomos descentralizados. La inversión pública se dirigirá a cumplir los objetivos del régimen de desarrollo que la Constitución consagra, y se enmarcará en los planes de desarrollo nacional y locales, y en los correspondientes planes de inversión.”

En este articulado, la Constitución no solo pone en un pie de igualdad al capital local y al foráneo, sino que por el contrario sostiene que la IED será complementaria de la nacional, y que la misma se va a dirigir de acuerdo a las necesidades que el propio Estado –en este rol de regulador de la economía en búsqueda del desarrollo– defina. En este tratamiento a la IED se puede observar una clara influencia de la ya citada Decisión 24 de la Comunidad Andina, que no renegaba de la inversión extranjera, pero la sometía a la propia necesidad del proceso de integración. Intentos de colocar los intereses prioritarios definidos por los Estados por encima de la propia necesidad de las Empresas Transnacionales.

La regulación a la IED va a estar vinculada a la perspectiva con la que el propio Estado proyecta las relaciones internacionales. De esta manera en el Capítulo primero del Título VIII de la norma suprema, el artículo N° 416 declara que “...Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia: ... 9. Reconoce al derecho internacional como norma de conducta, y demanda la democratización de los organismos internacionales y la equitativa participación de los Estados al interior de estos. 10. Promueve la conformación de un orden global multipolar con la participación activa de bloques económicos y políticos regionales, y el fortalecimiento de las relaciones horizontales para la construcción de un mundo justo, democrático, solidario, diverso e intercultural. 11. Impulsa prioritariamente la integración política, cultural y económica de la región andina, de América del Sur y de Latinoamérica. 12. Fomenta un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las

corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados.”

De la letra del texto de la Constitución se desprende que a partir del 2008 Ecuador va a tener una visión de las relaciones internacionales tendientes a la búsqueda de una sociedad internacional multipolar, más democrática, con mayor protagonismo y al mismo tiempo protecciones para los Estados periféricos. Exige que las instituciones internacionales tanto universales como regionales participen en la construcción de un orden global solidario. Reconoce al Derecho Internacional como una norma de conducta obligatoria y en consecuencia, propone desde su propia Carta Magna la creación de un nuevo sistema de inversiones y de control a las corporaciones multinacionales, que como la totalidad de las relaciones internacionales sea más solidaria.

Siendo consecuente con la declaración que la inversión extranjera es accesoria a la inversión nacional y que será el Estado el agente protagonista a la hora de decidir a qué sectores se dirigirá sumado al reconocimiento de la necesidad de participar con protagonismo en la construcción de una sociedad internacional distinta, más justa y solidaria, en el artículo 422 de la Constitución de Ecuador prohíbe con determinación que se ceda jurisdicción a tribunales internacionales que no fuesen regionales. “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En el caso de controversias relacionadas con la deuda

externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.”

El artículo deja abierta la posibilidad de la construcción de tribunales regionales para resolver disputas internacionales. El proyecto de Ecuador que analizaremos más adelante, vinculado a la creación de un Tribunal regional para la IED, resulta consecuente con el artículo 339 y con la búsqueda de obtener mayor autonomía en el ámbito internacional.

No es casual que Ecuador sea el impulsor, desde UNASUR, de este Tribunal Regional para la IED, cuando en su propia carta magna, artículo 423 estipula que la integración regional será un objetivo estratégico del Estado.

Ecuador fijó nuevas reglas en su Constitución respecto del tema de inversiones y del sometimiento al arbitraje internacional, sobre las cuales fue preciso readecuar sus relaciones políticas e institucionales en esta materia. El nuevo mandato constitucional que viabilizó el proceso de reorganización emprendido por el Estado ecuatoriano es un acto que se inscribe directamente en la regla *erga omnes* de la autodeterminación y al derecho de cada Estado y pueblo de elegir su propio sistema económico, social, político y cultural. Como resultado jurídico, habría un cambio fundamental de circunstancias que se consagra en la nueva Constitución de la República, vigente desde septiembre de 2008.

El trámite para la denuncia de los tratados internacionales fue modificado sustancialmente con la nueva Constitución, al incorporar pasos como: la resolución de denuncia de la Asamblea Nacional, el dictamen vinculante de la Corte Constitucional y la confirmación de la Presidencia de la República. Si bien se ha iniciado el trámite de denuncia de todos los TBI, son pocos los que se han completado. La mayoría de los mismos se encuentran pendientes dentro del recorrido de actos administrativos, legislativos y judiciales necesarios para completar la denuncia. A continuación, se identifica la situación en que se encuentra cada TBI respecto del proceso de denuncia. (CAITISA, p. 24)

En esa línea, bajo el gobierno del presidente Correa, en enero de 2008 denunció 9 de los 26 TBIs que tenía vigente. Decisión que se tomó sobre la base de que no se registraron

inversiones recíprocas con Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Rumania y Uruguay. Asimismo, el 2 de julio de 2009 notificó la denuncia de su retiro del CIADI.

Con respecto a los otros 17 TBI que todavía tiene vigente, y aplicando la nueva Constitución el gobierno ha iniciado un procedimiento de denuncia de los TBI en el cual toma intervención tanto la Corte Constitucional como la Asamblea Nacional. El procedimiento según Bas Vilizzio (p. 56) se compone por las siguientes etapas: 1) Oficio de la Presidencia de la Nación a la Corte Constitucional solicitando que se pronuncie sobre la denuncia; 2) Dictamen de la Corte Constitucional; 3) Oficio de la Presidencia a la Asamblea Nacional solicitando la denuncia en base al Dictamen de la Corte Constitucional; 4) Informe de la Comisión especializada permanente de soberanía, integración, relaciones internacionales, y seguridad integral de la Asamblea Nacional (comisión especializada); 5) Resolución del Pleno de la Asamblea Nacional en base al informe de la Comisión especializada; 6) Notificación escrita de la denuncia a la contraparte del TBI.

Todos los TBI, cuyo trámite de denuncia se inicia en 2010 cuentan con dictámenes de la Corte Constitucional. La misma declara que los TBI vigentes son en todo, o en parte, incompatibles con los nuevos paradigmas formulados jurídicamente en la Constitución de la República; entre otros, se puede citar la recuperación de la soberanía nacional, en general, y de la soberanía jurisdiccional, en particular. Tras el análisis de los diversos TBI suscritos, la Corte consideró tres argumentos para su denuncia: primero, la reorganización normativo-social del Estado, que determinó un nuevo marco constitucional en relación con las obligaciones internacionales; segundo, en varios dictámenes se refirió e invocó explícitamente a la cláusula de denuncia contenida en los tratados sobre inversiones analizados y, tercero, reveló una serie de incompatibilidades entre algunas reglas de los tratados, en especial en lo referente a la transferencia de competencias, con las disposiciones constitucionales. (CAITISA, p. 25).

Impulsado por el Decreto N° 1506 del 2013, el presidente Rafael Correa creó la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de

Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA). Está compuesta por cuatro expertos o investigadores en materia de inversiones y Derecho Internacional vinculados a organizaciones de la sociedad civil, y cuatro representantes del Estado. Dentro de sus competencias se encuentra el estudio de los TBI en vigor, las normas de arbitraje internacional de inversiones y los procesos arbitrales iniciados contra el Estado ecuatoriano.

Este proceso de auditoría constituye una de las iniciativas del gobierno en el marco de un conjunto más amplio de medidas que busca reafirmar la soberanía nacional en materia de regulación de la inversión extranjera y promoción de políticas públicas que beneficien los derechos de los pueblos y la naturaleza, sobre las ganancias corporativas.

Desde el punto de vista macroeconómico CAITISA ha evaluado tres elementos: 1) si los TBI han sido determinantes para atraer inversión extranjera y, en general, si hay una relación causal entre la firma de TBI y el aumento de flujos de inversión; 2) si la inversión extranjera que ha llegado a Ecuador ha colaborado para lograr los objetivos económicos y sociales que mandata la Constitución y se concretan en el Plan Nacional para el Buen Vivir, y 3) si los resultados de la inversión extranjera en la economía tienen relación o no con las reglas fijadas por los TBI. De ello se informó que: no se cumplieron las expectativas que se tenían en los años 90 cuando se firmaron los TBI, dichos tratados no fueron determinantes para atraer de forma continuada IED; y han sido una limitante para orientar la inversión según los planes de desarrollo del país. (CAITISA, p. 63)

El proceso de auditoría, después de un análisis minucioso de los archivos de varios ministerios, llegó a la conclusión de que los TBI suscritos por el país no pasaron por un proceso de negociación como tal. No se encontraron indicios de que haya existido una discusión sobre el modelo de TBI que se firmaba, específicamente sobre las posibles implicancias de las cláusulas contenidas en los tratados. Esto da a entender que los funcionarios gubernamentales que suscribieron los sucesivos TBI, dieron su aprobación y firma, sin haber realizado un análisis de las consecuencias de estos instrumentos

internacionales; y sin haber intentado negociar términos que preservaran la capacidad regulatoria del Estado. (p. 15)

Según el informe de CAITISA (p. 63) los montos de IED que llegan a Ecuador son pequeños respecto de la economía ecuatoriana. En promedio, sólo el 1,11% del PIB durante el período 2000-2013, pese a tener más TBI que muchos países de la región, recibe solo 0,79% de la IED que llega del mundo a América Latina y el Caribe, ocupando el número 29 de los 32 países. La composición de la IED que llega indica que la mitad se debe a reinversión de utilidades. Es positivo que haya una fuerte reinversión, pero en el fondo son recursos generados en el propio país. Además, el porcentaje de reinversión respecto a las utilidades apropiadas por los accionistas bajó aceleradamente entre 2003 y 2013. Las grandes empresas con IED reinvirtieron, en 2013, sólo el 1,3% de sus utilidades, cuando en 2003 invirtieron el 5,5%. Fue muy importante la reinversión de utilidades en los primeros años del nuevo milenio, especialmente de las medianas empresas con IED asociadas con empresas nacionales: en 2003, reinvirtieron el 28% de sus utilidades, pero para 2013 solo un 1,3%.

No se ha encontrado una relación directa entre inversiones de países con los que se tiene TBI y su participación en el monto de IED que llega a Ecuador. Sólo el 40% proviene de países que han suscrito TBI con Ecuador, el 60% tiene origen en países con los cuales no se ha suscrito TBI o son paraísos fiscales. No obstante, generan sólo el 5% de empleo a nivel nacional.

Los dos países que más invierten en Ecuador no tienen TBI con el país: México y Brasil, el tercero y el cuarto lugar lo ocupan paraísos fiscales. De los 7 grandes inversores externos en Ecuador, sólo el 23% del monto total viene de países con TBI. En el contexto latinoamericano, el contraste entre Brasil y México confirma lo anotado. Brasil, sin ningún TBI ni TLC, mantiene desde 1990 flujos de IED, en porcentaje de su PIB, en niveles superiores a los de muchos países que cuentan con TBI vigentes; México, uno de los países con más TLC y/o TBI, es desplazado por Brasil como el primer receptor de IED en América Latina y el Caribe. (CAITISA, p. 64). Los TBI no han sido determinantes en la atracción de



IED; el flujo de IED proviene principalmente de Brasil, México y Panamá, países con los que Ecuador no tiene TBI. El 66% del total de la IED proviene de países latinoamericanos, lo que muestra la importancia de los esfuerzos de integración regional.

El flujo de IED hacia Ecuador tuvo también severos impactos ambientales causados, con preponderancia en el sector petrolero. A partir de los informes remitidos por las autoridades ambientales, así como en trabajo de campo efectuado por CAITISA (p. 95) se constataron pasivos ambientales dejados por determinadas empresas petroleras, que litigan contra el país, como piscinas abiertas para depósitos de crudo, de lodos y desechos cargados de metales pesados tóxicos; fosas a orillas de ríos, lagunas o pantanos para confinar productos contaminantes; derrames de crudo y fluidos, como la peor causa de contaminación. Parece que, en la Amazonia ecuatoriana, aplicaron prácticas rudimentarias y dañosas no permitidas en otros lugares donde operaban.

El caso más grave es Chevron. La ex compañía Texaco, adquirida por Chevron, procedió con tecnologías anticuadas, provocando derrames de más de 26,000 barriles de crudo hacia importantes ríos: Aguarico, Quijos y Shiripuno, y a numerosos esteros, también vertió 18,000 galones de agua de formación, más tóxica que el mismo crudo, provocando todo ello la muerte de peces, ganado y animales salvajes. Texaco abrió 916 piscinas, cuyas filtraciones han causado la toxicidad de tierras y la contaminación del agua y del aire. En comunicación escrita entre ejecutivos de la empresa, se dispone que los derrames serán informados sólo cuando “atraigan la atención de la prensa y/o de las autoridades regulatorias...”. Por el alto nivel de contaminación, la salud de la población se vio muy afectada. En una encuesta realizada a 1064 familias se encontraron 306 casos de cáncer, pero se presume un daño mayor, en vista de que no se registraba esta causa de muerte, por desconocimiento de la enfermedad. (CAITISA, p. 96)

Las tensiones más evidentes entre la legislación nacional y los TBI tienen que ver con los mecanismos de solución de controversias que implican sesión de soberanía al someter al país a tribunales de arbitraje internacional, sin pasar previamente por instancias

nacionales. Otras incompatibilidades con el texto constitucional se refieren a la prioridad que asigna la Constitución a la inversión nacional y el carácter complementario de la inversión extranjera, condiciones opuestas al trato preferencial y de supremacía del inversionista extranjero que establecen los TBI, porque el inversionista nacional no tiene el derecho de recurso directo al arbitraje internacional; así como el derecho del Estado, consagrado en la Constitución de 2008, para expropiar y nacionalizar, conforme a la regla internacional consuetudinaria, que lo ejerce por razones de utilidad pública o interés social y nacional; no existe en la Constitución ni en leyes nacionales, una clasificación de la noción de expropiación bajo figuras distintas, tampoco de “expropiación indirecta” o “equivalente a expropiación” como se ha resuelto en algunos laudos.

Basados en el análisis y evaluación de los TBIs que se encuentran vigentes, CAITISA (p. 99) propone que el Estado ecuatoriano continúe el proceso de denuncia de los TBI iniciado por el Ejecutivo en el año 2008. El proceso de denuncia está contemplado en cada uno de los Tratados, lo cual hace que este acto sea jurídicamente válido y legítimo. La denuncia debería realizarse de acuerdo con las disposiciones estipuladas en cada Tratado. No obstante, en algunos casos, el Estado puede explorar la opción de terminación mutua, la negociación de nuevos acuerdos, o la renegociación sobre la base del modelo se expondrá y evitar así los efectos de cláusulas de supervivencia o ultractividad del Tratado.

Los contratos de inversión permiten una mayor flexibilidad que los TBI, ya que son firmados caso por caso y no con un alcance internacional. Además, mientras estén vigentes los TBI denunciados debido a la cláusula de supervivencia, la firma de contratos internacionales entre el Estado y los inversores extranjeros es una salida que le permite al Estado plantear arbitrajes bajo otras reglas. CAITISA (p. 100) recomienda que el Estado ecuatoriano busque renegociar contratos (en caso de inversores ya establecidos) o negocie nuevos (en caso de inversores futuros), en los cuales: A) El inversor renuncie a los derechos de solución de controversias al amparo de los TBI y que, en su remplazo, se suscriban sólo a los tribunales *ad hoc* bajo leyes nacionales, como ya lo han venido aplicando con varios contratos de inversión. B) Se incluya la posibilidad de que los Estados

puedan demandar a los inversores ante violaciones de tales obligaciones o incumplimientos contractuales. C) Se incluyan cronogramas valorados de las inversiones.

Los principios y objetivos de un tratado alternativo para las inversiones deberían ser los siguientes: La supremacía de los derechos humanos sobre los derechos comerciales; subsistencia de las capacidades regulatorias soberanas del Estado; precautelarse el Buen Vivir, para lo cual se requiere una política integral sobre inversiones que garantice no sólo la protección de la inversión sino también la vigencia de los derechos humanos, en particular, los derechos de las comunidades originarias, los derechos de la naturaleza, los derechos laborales y otros intereses sociales; evitar condiciones dispares, como que sólo las empresas pueden demandar a los Estados y no la inversa, y las posibilidades de interpretaciones abusivas o extensivas de las cláusulas del Tratado.

Cualquier eventual tratado en materia de inversiones extranjeras debería en primer lugar, poner como límite a la actuación de los inversionistas y de las empresas extranjeras el respeto a los Derechos Humanos integralmente considerados y a los derechos laborales, ambientales y de la naturaleza, consagrados en la Constitución y otros tratados internacionales ratificados por Ecuador. Para que esto sea posible, la Comisión convalida y recomienda continuar el impulso a la iniciativa presentada por Ecuador, en el marco de las Naciones Unidas, de un Código Vinculante para las empresas transnacionales en materia de derechos humanos. Es preciso desplegar todas las capacidades diplomáticas y políticas del Estado para seguir sumando aliados en esta lucha trascendental. En segundo lugar, debería estar sustentado en el reconocimiento del derecho de los Estados a regular –en el marco de su legislación nacional y sus compromisos en materia de derecho internacional– las inversiones extranjeras para vincularlas con los objetivos marcados por sus planes de desarrollo.

La pérdida del flujo de IED se encuentra dentro de la batería de argumentos que esbozan los Estados que no se alejan del esquema de regulación de la IED que se estableció mediante los TBIs. Sin embargo y según el informe de la CEPAL (2018, p. 30), desde el

2008, año en el cual Ecuador dio inicio a su alejamiento de la regulación a la IED a través de los TBIs, la IED no solo no descendió, sino que por el contrario tuvo máximos históricos de recepción de capitales foráneos como en el periodo 2013-2015. El clima de inversión necesario para el surgimiento de inversiones se alcanza con políticas públicas integrales y no con la mera suscripción de tratados con la consecuente delegación de soberanía.

Con la nueva Constitución Nacional, la denuncia de una cantidad importante de TBIs (y en análisis todos los demás vigentes), la denuncia de la CW y su salida del CIADI, la creación tanto como las recomendaciones realizadas por la CAITISA y sobre todo el impulso a la creación de un Tribunal de resolución de controversias para inversiones propio de UNASUR, ubican a Ecuador en la vanguardia de Sudamérica a la hora de generar una alternativa a la regulación a la IED.

#### **4.2. Bolivia**

Bolivia ha sido junto con Ecuador de los estados de latinoamericanos que más ha avanzado en materia de estructurar una regulación distinta a la IED, incluso con rasgos muy similares a la tradicional Decisión 24 de la CAN.

En la reformada Constitución Política del Estado de Bolivia del año 2009, se estipula en el artículo Nº 320 las líneas generales de tratamiento a la IED. Se determina que la inversión nacional será priorizada frente a la inversión extranjera y que toda IED estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas. Así mismo no se podrá otorgar a Estados o empresas extranjeras condiciones más favorables que las establecidas para los ciudadanos bolivianos. En el texto constitucional, el propio Estado se define como independiente en todas las decisiones de política económica, y manifiesta no aceptar imposiciones ni condicionamientos de ningún tipo por parte de bancos, instituciones

financieras, empresas multinacionales, etc. La Constitución del Estado, se ubica en los clásicos postulados de la doctrina Calvo, donde los extranjeros merecen el mismo trato que los nacionales, pero nunca un trato mejor. El texto normativo ubica al Estado boliviano en una vereda opuesta a la letra de los TBIs, donde vale recordar, el inversor foráneo recibe un trato más favorable que los ciudadanos locales, al mismo tiempo que puede resolver las controversias en jurisdiccionales internacionales como el CIADI. Por eso, no sorprende que, a partir de la administración de Evo Morales, Bolivia haya denunciado la totalidad de los TBIs que estaban vigentes.

En abril del año 2014, se dicta la ley Nº 516 de promoción de Inversiones. En el mismo sentido que la Constitución, el objetivo del gobierno va a ser tener un control de la IED, y colocarla al servicio de los intereses del Estado. De esta manera se estipula en el artículo 3º de la ley, que las inversiones que se realicen en el país deberán sujetarse a que el Estado Boliviano es quien conduce el proceso de planificación económica y social, dirige la economía, ejerce el control, así como también la dirección de los sectores estratégicos. El Estado es el promotor y protagonista del desarrollo económico y social del país, orienta las inversiones en sectores estratégicos hacia actividades económicas que impulsen el desarrollo al mismo tiempo que contribuyan a la erradicación de la pobreza y a la reducción de desigualdades económicas, sociales y regionales. El Estado, promueve la inversión para el desarrollo de sectores productivos en actividades económicas no tradicionales que coadyuven al cambio de patrón primario exportado e impulsen procesos de industrialización a gran escala. A su vez, se priorizará la inversión nacional frente a la inversión extranjera como un mecanismo de fortalecimiento del aparato productivo nacional.

En el artículo 13º del texto normativo se establece que el Banco Central de Bolivia va a tener a su cargo el registro de la inversión extranjera, a los fines de conocer la nacionalidad y el monto de la inversión. El artículo 14º, de acuerdo a las necesidades de desarrollo del sector productivo donde se realice la inversión, determina que la transferencia de tecnología deberá generar capacidades y destrezas en el personal

boliviano, al mismo tiempo que exige transferencia de maquinaria y equipos de vanguardia, sumado al desarrollo de la investigación científica aplicada al interior de la empresa.

Como se expresara en la primer parte de este trabajo el viceministro de Comercio Exterior, Walter Clarems Endara Vera (2014, p. 1) resaltó que la estrategia del gobierno en cuanto a la regulación de la IED se puede resumir en tres pilares: I) La recuperación de todos los recursos naturales estratégicos mediante nacionalizaciones. II) Revisión y denuncia de todos los TBIs, por ser contrarios a los principios estipulados en la nueva Constitución Política del Estado. III) Prohibición expresa de que el Estado Boliviano sea demandado en instancias internacionales vinculado a controversias vinculadas a inversiones.

La estrategia de regulación de IED efectuada por el gobierno de Bolivia, con el requisito de autorizar y registrar el ingreso de la inversión foránea, la conservación de la explotación de tanto los recursos naturales como primarios en manos gubernamentales, deja a las claras la intención de direccionar el flujo de capitales a las estrategias de desarrollo del Estado. La Ley de inversiones boliviana es el instrumento que otorga a la IED un tratamiento diferente a las herramientas perfeñadas tanto en la OMC, como en los TBIs y los TLC.

Al igual que en el caso de Ecuador, en Bolivia también se temía la pérdida significativa de IED cuando se abandonase la regulación a la IED a través del sistema de los TBIs. Según el informe de la CEPAL (2018, p. 30), desde el 2009, año en el cual Bolivia a través de su nueva Constitución Nacional instauro un nuevo esquema jurídico-institucional de regulación a la IED, materializo el abandono del CIADI y de la posibilidad de que inversores foráneos demanden al estado boliviano fuera de la jurisdicción local, la IED en Bolivia tuvo un flujo máximo histórico. En efecto, en el periodo 2010-2013 la IED dirigida al Estado Plurinacional se quintuplico (p. 31). Los inversores no requieren de delegación de jurisdicción, demandan seguridad jurídica, y como sosteníamos con anterioridad la suscripción de TBIs no genera *per se* climas favorables de inversión.

### 4.3. UNASUR como la instancia regional de abordaje a la IED

Existe un multilateralismo latinoamericano enraizado en la identidad y valores que han definido tradicionalmente las políticas de la región (Sanahuja, 2012, p. 21). Sin embargo, este multilateralismo con espíritu integrador que se observó en el propio espíritu de los libertadores sudamericanos como Bolívar, San Martín o Sucre, se enfrentó con el mercado nacionalismo que las elites gobernantes le imprimieron a cada Estado en la era post colonial. Esta mirada tanto nacionalista y la división de América Latina en parcelas irreconciliables conspiró una y otra vez a lo largo de los siglos XIX, XX y en el actual XXI contra las iniciativas de integración regional. robustas que la región requirió y requiere.

La defensa de la soberanía ha sido una postura común frente la dominación exterior, constituyendo una tradición emancipadora que deviene en un elemento característico de las históricas aspiraciones de autonomía de la región.

Según Sanahuja (2012, p. 22) la región afronta un permanente trilema entre el Estado-Nación y la defensa de la soberanía, las aspiraciones de una integración regional eficaz y la búsqueda de autonomía en el plano internacional. En ese trilema imposible se puede lograr una, o a lo sumo dos de esas metas, pero de ninguna manera se pueden tener tres a la vez.

UNASUR surge como un rechazo al regionalismo abierto de la década de los noventa. Esta alternativa está animada por una búsqueda consciente de una mayor autonomía en el escenario internacional y en sus políticas de desarrollo. El unilateralismo global de Estados Unidos, su agenda de acuerdos Norte-Sur a través de los TLC creó las condiciones e incentivos que estimularon la búsqueda de mayor autonomía en Sudamérica. A partir de esto, el regionalismo se comenzó a pensar en clave más allá del regionalismo abierto.

Los procesos de integración regional post liberal como UNASUR o el ALBA se alejaron de la mirada económico-comercial tradicional de la integración expresando:

- Un retorno de la política en las relaciones exteriores con una menor atención a la agenda comercial y a la liberalización económica.
- Retorno de la agenda del desarrollo, alejándose del neoliberalismo tradicional.

- Retorno del Estado a la política económica, mayor participación del Estado en el mercado.
- Búsqueda de una mayor autonomía frente a las fuerzas del mercado.
- Énfasis en una agenda positiva de integración, aumentando la cooperación en ámbitos no comerciales, como la seguridad energética y finanzas para el desarrollo.
- Preocupación por los “cuellos de botella” del desarrollo como la falta de infraestructura regional con el objetivo de mejorar la articulación con los mercados regionales.
- Creciente atención a los temas sociales y a la reducción de la pobreza y la desigualdad.

De esta manera el regionalismo está siendo redefinido como una estrategia de apoyo al ideal nacionalista de un “Estado Desarrollista” (p. 33)

UNASUR es el resultado de un diseño geopolítico brasileño, en su búsqueda de autonomía y de convertirse en un global player.

Clama en si misma los ideales unionistas tradicionales de América Latina, constituyendo un “Bolivarianismo” actualizado, adaptado a las problemáticas contemporáneas de la globalización y siendo un instrumento más de la construcción de un mundo multipolar. Desde sus inicios intentó contribuir a la generación de consensos y a la conformación de una cesta mínima de intereses comunes que podrían ser alcanzados a través de un marco regional.

Desde el propio Tratado constitutivo se expresan como sus objetivos: La cooperación económica y comercial para lograr el avance y la consolidación de un proceso innovador, dinámica, transparente, equitativo y equilibrado, que contemple un acceso efectivo, promoviendo el crecimiento y el desarrollo económico que supere las asimetrías mediante la complementación de las economías de los países de América del Sur, así como la promoción del bienestar de todos los sectores de la población y la reducción de la pobreza... y la integración industrial y productiva”



El texto del Tratado también le da la capacidad de adoptar normas vinculantes, pero en todos los casos habrán de tomarse por consenso, lo que otorga a todos los miembros un poder de veto implícito, por lo que el proceso de toma de decisiones pierde toda posibilidad de supranacionalidad.

La estructura institucional de UNASUR revela que, en muchos aspectos, como la precaria estructura instruccional o la evolución dispar del proceso de integración, todavía no existen esos consensos básicos necesarios.

La integración regional sudamericana requiere de una desnacionalización del concepto de soberanía, permitiendo posteriores avances hacia una idea “post-westfaliano” de Estado y una soberanía mancomunada. (Sanahuja, p. 63).

Sin embargo, más allá de lo auspicioso de sus objetivos y de sus comienzos, atraviesa hoy quizás sus días más difíciles. Por desavenencias entre sus miembros para elegir al nuevo Secretario General y por la crisis político-institucional y socio económico de Venezuela, en abril de 2018 Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay y Perú decidieron suspender por tiempo indefinido su participación en el proceso de integración regional. Hoy los únicos Estados que siguen sosteniendo a UNASUR son Bolivia, Ecuador, Guyana, Uruguay, Surinam y Venezuela.

En América Latina, los procesos de integración tienen una dinámica que depende en gran medida de la voluntad política de los poderes ejecutivos. No es la primera vez, ni tampoco será la última en la que un proceso de integración regional latinoamericano atraviesa una etapa de enfriamiento en cuanto a su membresía y a sus acciones. UNASUR sigue siendo el espacio de integración regional apropiado para que los Estados de la región logren la conquista de una cesta de acuerdos básicos que tiendan a la búsqueda de una inserción internacional con mayor autonomía.

#### **4.3. A. UNASUR e inversiones**

En el mes de junio de 2009, durante la 39ª Sesión de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, el Ministro de Relaciones Exteriores de Ecuador, Fander Falconí, propuso que UNASUR crease un centro de arbitraje alternativo al CIADI (Fiezzoni, 2012, p. 6). En el mes de diciembre de 2010 en Guyana, los Ministros de Relaciones Exteriores de los países miembros de UNASUR decidieron de manera unánime que Ecuador debía presidir el grupo de trabajo sobre solución de controversias e inversiones. En la misma reunión, Ecuador presentó un proyecto de reglamentación del centro arbitral.

La propuesta ecuatoriana de la creación de un centro de arbitraje en UNASUR se encuentra contenida en tres documentos: 1. Reglamento de funcionamiento del Centro de Solución de Controversias de UNASUR; 2. Código de Conducta para los miembros de los procesos de manejo de conflictos y tribunales arbitrales del centro de arbitraje de UNASUR y; 3. Creación del Centro de Asesoría Legal en Materia de Inversiones. De acuerdo con el reglamento propuesto el centro arbitral tiene competencia para resolver diferencias entre estados, y entre inversores y el estado receptor si se encontrara contemplado en disposiciones contractuales o en un instrumento internacional. La jurisdicción del centro excluye las disputas que involucran temas de salud, impuestos y energía, entre otros, a menos que se establezca lo contrario en tratados o en los contratos pertinentes. Además, en ninguna circunstancia el tribunal arbitral tendrá jurisdicción para resolver diferencias que conciernan a la legitimidad de las leyes internas (ni de sus efectos económicos) de los países miembros de UNASUR (Fiezzoni, 2012, p. 9). Pese a que la jurisdicción del centro de arbitraje propuesto para UNASUR no solo se limita a las diferencias relativas a inversiones, la estipulación mencionada anteriormente reduce considerablemente su ámbito de aplicación. Asimismo, los países miembros pueden requerir, como una precondition para el arbitraje, el agotamiento de todos los recursos administrativos y judiciales a nivel local. Esta precondition podría forzar a la parte damnificada a esperar un largo período de tiempo para acceder al arbitraje de UNASUR. Por lo tanto, sería necesario establecer un límite razonable de tiempo para la conclusión

de los procedimientos locales, a fin de otorgar mayor certeza y seguridad a las partes. Las reglas propuestas establecen un mecanismo de apelación para permitir la revisión de cuestiones de derecho utilizando un sistema de precedentes. Con esto se pretende garantizar una jurisprudencia coherente y congruente, otorgando previsibilidad a los inversores y a los estados, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del CIADI, que carece de un adecuado mecanismo de apelación y no se rige por el sistema de precedentes

En relación con la transparencia, las reglas establecen que todos los procedimientos de arbitraje deben ser hechos públicos (esto incluye documentos, registros, evidencia, audiencias y laudos) excepto aquellos que se relacionan con la defensa y seguridad de los estados y, en casos especiales, los que las partes determinen por acuerdo mutuo.

La normativa propuesta especifican que el único fundamento para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo sería cuando, de acuerdo con la constitución o las leyes del estado demandado, el objeto de la diferencia no sea arbitrable o que sea derogatorio de las políticas públicas. Esta regla es similar a la del Convenio de Nueva York de 1958 y a la mayoría de las reglas de arbitraje internacional. Sin embargo, difiere del procedimiento del CIADI, donde los Estados no pueden invocar las políticas públicas para evitar la ejecución de un laudo del mismo (artículo 53 del Convenio del CIADI). Pese a que esta es una característica típica que distingue el procedimiento del arbitraje del CIADI de otros centros de arbitraje, es preciso notar que esto no significa que los inversores puedan lograr la ejecución del laudo automáticamente bajo este sistema, ya que existe el obstáculo de las reglas de inmunidad. Se desprende del artículo 55 del Convenio del CIADI que después que un inversor obtiene un laudo en contra de un estado, el inversor debe iniciar un proceso formal de ejecución del mismo que dependerá de la legislación interna del país donde se inicia ese proceso. (Fiezzoni, 2012, p. 7).

El proyecto presentado por Ecuador si bien es un avance en materia de intencionalidad de presentar un abordaje distinto al tradicional propuesto en los TBI, parece encontrarse rezagados comparados con los que hoy se escuchan dentro de los centros de pensamiento

en las regiones más beneficiadas por el régimen de los TBIs. Extraña que los Estados más perjudicados se mantengan tan conservadores respecto de las innovaciones que se figuran en foros regionales y a nivel internacional. (Echaide, 2015, p. 205)

Una propuesta sería determinar explícitamente los criterios de atribución de nacionalidad en los instrumentos que cada Estado celebre prestando su consentimiento a la jurisdicción del nuevo Centro. La idea principal sería que pudieran accionar empresas extranjeras que directamente están relacionadas a la inversión y que se ven afectadas por una medida del Estado, mas no sus accionistas o entes controladores ulteriores, de modo que se tenga certeza de los derechos y la protección otorgada por los tratados internacionales y no que un accionista ultimo minoritario, por el mero hecho de poseer una acción comprada en bolsa de una controlante pueda hacerse de la legitimación activa necesaria para demandar al Estado huésped de la inversión. (Echaide, p. 215).

El concepto de expropiación indirecta o medidas equivalentes a expropiación es polémico en su naturaleza, así como en su interpretación y aplicación. Debe por ende restringirse la definición de expropiación a un acto directo de un gobierno que, por causas de utilidad pública, se apropia o nacionaliza un bien tangible de un inversionista por el cual se debe de pagar una compensación justa, y el reclamo debe producirse ante la violación de alguna de estas tres condiciones. Conceptos como el indemnizar por las expectativas de ganancia “esperada o futura” cuando estas son inciertas resulta abusivo del sistema de protección de la inversión y otorga una altísima discrecionalidad a su cuantificación. (Echaide, p. 228).

Una propuesta alternativa como lo es el Centro UNASUR, debe ofrecer soluciones a las problemáticas planteadas en el actual régimen de los TBIs. La actual propuesta del Centro UNASUR, propone algunas reformas interesantes como el abordaje de los litigios por árbitros sudamericanos independientes, una instancia de apelación, sin embargo, el texto de su borrador expresa cierta timidez para abordajes estructurales.

El centro UNASUR puede ser una alternativa regional a nuevos abordajes a la solución de controversias en materia de inversiones que expresen la búsqueda de mayor autonomía de los Estados sudamericanos. Para esto la regulación a la inversión extranjera debería ser abordada a nivel regional, con una contundente aplicación de la Doctrina Calvo (fortaleciendo la jurisdicción doméstica ante las controversias) y la ya mencionada jurisdicción complementaria en el Centro UNASUR.

#### **4.4. El aporte de Juan Carlos Puig y la autonomía heterodoxa**

Juan Carlos Puig<sup>15</sup> ha hecho aportes teóricos en las Relaciones Internacionales pensados desde y para América Latina. Toda su obra ha girado en torno a la creación de estrategias de vinculación internacional donde el continente pudiera adquirir mayores márgenes de decisión propia y así poder elegir con mayor libertad las herramientas necesarias para superar el subdesarrollo.

Así ha sostenido que todo grupo humano, cuyos integrantes se interrelacionan permanentemente entre sí desenvuelve su propio régimen político y muchas veces también sus propios regímenes económico, cultural y de participación. Hay que decir que, dentro de un grupo humano, existe un régimen político implica reconocer la existencia de un orden de conductas de reparto. Se entiende por conductas de reparto todas aquellas conductas que tienen como resultado atribuir a hombres determinados (y a otros entes animados) potencia e impotencia. Por eso todo reparto tiene sus protagonistas, que son

---

<sup>15</sup> Juan Carlos Puig (Rosario 1928 – Caracas 1989). Licenciado para el Servicio Consular de la Universidad del Litoral, Doctor en Derecho por la Universidad de París y en Diplomacia. Fundador de la primera carrera de Ciencia Política y Relaciones Internacionales en la Universidad Nacional de Rosario. Creador del Centro de Estudios Internacionales Argentinos (CEINAR). Profesor del Instituto de Altos Estudios de América Latina de la Universidad Simón Bolívar de Venezuela. Canciller argentino durante el gobierno de Héctor Cámpora en 1973.

repartidores cuando atribuyen potencia o impotencia) y beneficiarios (cuando la reciben). (Puig, 1984, p. 50).

Los criterios supremos de reparto surgen y se afianzan en forma espontánea sobre la base de un proceso de psicología masiva en cuya virtud un determinado reparto sirve de “ejemplo” para repartos sucesivos, de forma tal que, por vía inductiva el criterio de se impone. Así se puede detectar siempre “repartidores supremos” quienes por una parte cumplen la función de establecer criterios supremos de reparto, pero por otra, también se ocupan de supervisar su aplicación. A su vez suelen existir repartidores intermedios, que cumplen una doble función. Por un lado, imponen y comprueban el surgimiento de criterios intermedios de reparto y por otro transmiten demandas de los beneficiarios a los repartidores supremos.

Adoptar el reparto como elemento básico de la realidad social internacional facilita la comprensión del fenómeno en virtud del cual repartidores supremos o intermedios nacionales pueden al mismo tiempo desempeñar el papel de repartidores supremos o intermedios internacionales. La división del trabajo jurídico-político no tiene por qué implicar necesariamente una diferenciación tajante de los protagonistas. Los repartos son internacionales cuando de alguna manera afectan (atribuyen potencia e impotencia) a individuos que pertenecen a diversas poblaciones nacionales.

Esta división entre Estados agentes repartidores y beneficiarios, según Puig (1984, p. 54), permiten suponer, aun en la ausencia de un gobierno internacional con las características estatales clásicas, que existe un régimen político internacional.

En este régimen político internacional, donde suceden los repartos mencionados, los Estados tienen la posibilidad (potencia) o no de aumentar sus márgenes de Autonomía. Los supremos repartidores nacionales deberían ajustarse en sus decisiones internacionales a este espacio; en tal caso su margen actual de decisión autónoma coincidirá con el potencial. Gran parte de los problemas de los gobiernos latinoamericanos en sus relaciones con los estados desarrollados se deben justamente a una errónea apreciación del contenido de su margen potencial de decisión autónoma. (Puig, p. 49).

Puig (p. 25) señala que la autonomía es entendida como la ampliación del margen de decisión propia. Cuanto más autónomo es un ente mayores posibilidades tiene de desarrollarse como mejor lo entiende. La autonomía otorga la posibilidad de adoptar políticas más justas y equilibradas. Salvo casos límite o atípicos, el logro de una mayor autonomía supone en el corto plazo un juego estratégico de suma-cero en el cual alguien gana lo que otro pierde. Avanza el antiguo cliente, retrocede el antiguo dominante (p. 51). Abordar la realidad internacional desde la teoría de la autonomía permite generar alternativas de pensamiento a las teorías y doctrinas en boga, que enfocadas desde el ángulo visual de los recursos de poder enfatizan la posición predominante y hegemónica de las grandes potencias, en detrimento del papel que una apreciación distinta ofrecería a los estados pequeños y medianos. (p. 126).

Dependiendo de épocas históricas y de carencias de recursos de poder suficientes, o de la existencia de elites funcionales a la automatización, se pueden caracterizar diversas etapas en el transcurso de la dependencia a la autonomía (p. 74):

- a) Dependencia para-colonial: El Estado posee formalmente un gobierno soberano y no es una colonia, pero en la realidad los grupos que detentan el poder efectivo en la sociedad constituyen un apéndice del aparato gubernativo y económico de otro Estado. El Estado ingresa al circuito mundial en condiciones similares a la de una colonia.
- b) Dependencia nacional: En el Estado los grupos que detentan el poder real racionalizan la dependencia y se fijan fines propios. Se acepta la dependencia, pero se intenta sacar el máximo provecho de ella.
- c) Autonomía heterodoxa: En este estadio los supremos repartidores nacionales del Estado que forman parte integrante de un bloque siguen aceptando la conducción estratégica de la potencia dominante, pero discrepan abiertamente con ella por lo menos en tres cuestiones de trascendencia: I) en el modelo de desarrollo interno, que puede no coincidir con las expectativas de la metrópoli; II) en las vinculaciones internacionales que no sean globalmente estratégicas; III) en el deslinde entre el interés nacional de la potencia dominante y el interés estratégico del bloque. El Estado autonomista heterodoxo no acepta que se impongan dogmáticamente, en nombre del “bloque”, apreciaciones

políticas y estratégicas que solo consultan el interés propio de la potencia hegemónica. (Puig: 1984; 78).

d) Autonomía secesionista: La secesión significa el desafío global. El país periférico corta el cordón umbilical que lo unía a la metrópoli: sus repartidores supremos deciden sin tener en cuenta los intereses globales de la potencia dominante.

Bernal Meza (2015, p. 106) sostiene que la interpretación de Puig tiene dos elementos centrales: 1) la práctica autonomista; es decir, como los grupos de poder encargados de conducir los destinos del Estado perciben la realidad internacional y aceptan (o no) llevar adelante la máxima capacidad de decisión propia (nacional) posible de alcanzar en el contexto objetivo del sistema internacional; 2) la relación entre viabilidad, autonomía e integración.

Como se manifestó anteriormente, la doctrina Puigiana ofrecía una “hoja de ruta” teórica para fundamentar un camino nacional y regional hacia la autonomía, partiendo de que los países de latinoamericana no habían alcanzado aún su plena autonomía. El tránsito hacia la autonomía no podía ni puede lograrse sin que los países avanzaran simultáneamente en sus capacidades de viabilidad, lo cual no solo supone recursos suficientes sino también elites funcionales y decididas a emprender el camino de la autonomía. (Bernal Meza, 2015, p. 106).

Autores como Russell y Tokatlian (2010, p. 14) sostienen que la visión autonómica de Puig es anacrónica, aislacionista y confrontativa. Colacrai (2009, p. 41) afirma que las “postulaciones” de la autonomía no son un mero recuerdo histórico, puesto que gran parte de las discusiones que se planteaban no han sido saldadas. El pensamiento autonomista continúa vigente.

La autonomía heterodoxa presenta una faz propositiva que es superadora de las teorías de la dependencia clásica. Los dependistas colocaban en las asimetrías estructurales de las relaciones económicas internacionales los factores que impedían e impiden el desarrollo de los Estados periféricos, generando una suerte de facilismo al trasladar a esta división la culpa de los males de América Latina. José Luis de Imaz, citado por Puig (1986, p. 50)



explica que el riesgo corrido por la teoría de la dependencia ha sido el de convertirse en una explicación tranquilizadora de conciencias, desilagadora de responsabilidades. Es la caída en el externalismo, entendido como la actitud inconsciente que identifica a los “algunos” responsables de los males en el extranjero.

Puig propone superar este traslado de responsabilidades, asumir políticas autonomistas, que generen, por supuesto interpretando en términos de Jaguaribe la permisibilidad internacional, la posibilidad de elegir las estrategias internas de desarrollo y el relacionamiento externo necesario para que el estado autonomista logre superar su asimetría estructural.

Una de las estrategias o alternativas que los estados latinoamericanos ostentan para lograr materializar políticas autonomistas heterodoxas es la integración regional. Una integración regional que no se centre en exclusividad en materia económica y comercial, sino que por el contrario profundice los vínculos de solidaridad entre sus miembros.

Para Puig la integración es un fenómeno social, un conjunto de conducta en el seno de grupos humanos. Conductas que tienen como propósito lograr que los grupos sociales en cuestión renuncien en determinadas materias a la actuación individual para hacerlo en forma conjunta y con sentido de permanencia. Puig resalta la dificultad de basar los procesos de integración solamente desde una mirada interdependiente, es decir integrando los mercados. Las asimetrías entre los Estados latinoamericanos han dificultado que la integración sustentada casi con exclusividad en lo económico comercial logre resultados concretos. Tal vez porque los objetivos de integración no fueron propiamente autonómicos es que no han avanzado decididamente los procesos de integración de integración en América Latina (Puig, 1980, p. 144). Por eso Puig sostiene una integración de tipo solidaria, donde los actores si bien son asimétricos tienen los mismos valores. (1986, p. 44) Uno de esos valores en común es la búsqueda de autonomía. La teoría de Puig expresa que los países latinoamericanos tratan de ser más autónomos. A pesar de la distinta intensidad del impulso autonómico, de las diferencias estructurales y la diversidad de orientaciones políticas, los Estados latinoamericanos se dan a la búsqueda de acentuar la capacidad de decisión nacional (p. 45). La región ha

experimentado ya en la década del '60 algunos intentos de integración solidaria. La Comisión Especial de Coordinación Latinoamericana (CECLA), mediante la Carta de Alta Gracia de 1964 fue un intento institucionalizado de cooperación solidaria, donde se atacó al sistema de comercio internacional, tomando los países latinoamericanos una posición común. También el Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA) sirvió para fijar posiciones comunes frente a las medidas que adopten los estados desarrollados y las empresas transnacionales (p. 46), en una clara demostración de políticas internacionales autonomizantes.

Hoy es UNASUR el proceso de integración regional de América Latina que más hincapié hace en torno a la autonomía, abordando la integración de los estados sudamericanos desde una pluralidad de ámbitos. Incluso en UNASUR conviven Estados con una estrategia de inserción global más aperturista y menos confrontativa con los centros de poder global como Chile, Colombia y Perú, con otros actores como Bolivia, Ecuador y Venezuela donde las estrategias de vinculación internacional tienden a alejarse de las estructuras diseñadas por los países centrales. Más allá de estas diferencias en cuanto al relacionamiento externo de los Estados Parte, UNASUR aboga por una integración de tipo solidaria, donde además del intercambio comercial se impulsa un vínculo en distintos ámbitos como la seguridad internacional, la democracia, el desarrollo de la infraestructura, administración de recursos naturales y el mencionado proyecto de crear un tribunal regional para las controversias suscitadas en torno a la IED.

En este siglo XXI que se transita, el diseño de inserción internacional a través de la construcción de políticas autonomistas no es una quimera. Rapoport y Miguez (2015, p. 147) señalan cuatro estrategias autonómicas viables para los países de América del Sur:

- 1.- Generar una estructura económica en base al capital nacional, de sustentación propia con un mercado interno amplio y con alto nivel de consumo.
- 2.- Alianzas estratégicas con países pares para negociar con las grandes potencias (Rapoport y Miguez, p. 150).

3.- Promover un intercambio comercial equilibrado. Es necesario modificar las reglas del juego del comercio internacional, donde los únicos que pueden ser proteccionistas son los países ricos. Por ende, es necesario profundizar los vínculos comerciales y la complementariedad económica con los estados latinoamericanos.

4.- Recuperar el control sobre los movimientos de capital y las inversiones. Para Rapoport y Miguez (p. 151) esta constituye una problemática central, debido a toda la estructura legal que permitió y permite el ingreso de capital extranjero en condiciones sumamente ventajosas con respecto al capital nacional. De aquí las figuras que ya se mencionaron de los TBIs y el correspondiente rol del CIADI. En esta recuperación sobre el control de la IED, Bolivia y Ecuador han hecho los avances más profundos, al punto de cómo se manifestara con anterioridad ha marcado el retorno de la doctrina Calvo en la región.

Para el logro de estos objetivos, la teoría puigiana de la autonomía es una más que actual carta de navegación

#### **4.5. ¿Es tiempo de la insubordinación fundante?**

Es de conveniencia para América Latina tomar distancia tanto de la agenda como de las construcciones teóricas que vienen de las academias de los centros de poder, y aportar a la construcción de contenidos teóricos y analíticos propios, con una mirada desde y para América Latina.

El aporte teórico de Juan Carlos Puig generó una escuela propia de pensamiento tanto en América Latina como en Sudamérica. Con referencia a la obra de Puig en materia de autonomía internacional, Gullo (2014) realiza un aporte que aborda el paso que realizan los Estados periféricos que se transforman en Estados centrales. Para Gullo, los Estados que intentan mutar su situación y transformarse en generadores de las reglas de juego del sistema internacional, deben atravesar por un proceso de insubordinación fundante.

La tesis central de Gullo sostiene que todos los procesos emancipatorios exitosos resultaron de una conveniente conjugación de una actitud de insubordinación ideológica para con el pensamiento dominante y de un eficaz impulso estatal.

Gullo (2014, p. 21), al igual que Puig y Bernal Meza propone pensar desde la periferia para salir de la periferia. La construcción central de su aporte consiste en:

1. Los Estados que se encuentran en la periferia de la estructura del poder mundial solo pueden trocar su condición de “objetos”, convirtiéndose en “sujetos” de la política internacional a partir de un proceso de insubordinación fundante.
2. En el origen del poder de los Estados está, generalmente, presente el impulso estatal, que es el que provoca la reacción en cadena de todos elementos que componen, en potencia, el poder de un Estado.
3. Todos los procesos emancipatorios exitosos fueron el resultado de una adecuada conjugación de una actitud de insubordinación ideológica hacia el pensamiento hegemónico y de un eficaz impulso estatal.

Los Estados sin poder suficiente para resistir la imposición de la voluntad de otro Estado resultan objeto de la historia porque son incapaces de dirigir su propio destino.

La interdependencia económica no altera la división fundamental del sistema internacional en Estados subordinantes y Estados subordinados. Esta división del sistema internacional se perpetúa en el tiempo a través, en términos de Pinheiro Guimares<sup>16</sup>, de las estructuras hegemónicas de poder.

Para un Estado periférico querer decidir sobre su propio destino implica siempre una tensión dialéctica entre el temor a las sanciones que pueda recibir por su deseo autónomo y justamente entre los beneficios de alcanzar la “libertad” internacional. Este temor, lleva al estado periférico a tener una actitud claudicante, por el cual abdica a la capacidad de conducir su destino (2014, p. 26).

---

<sup>16</sup> Pinheiro Guimaraes, citado por Gullo (p.35), sostiene que el escenario internacional se organiza en torno a estructuras hegemónicas de poder político y económico, cuyo núcleo está formado por Estados centrales.

Sin embargo, el “club” de Estados Centrales o subordinantes, son pragmáticos a la hora de aceptar el acceso a las estructuras hegemónicas de poder a aquellos Estados periféricos que logran construir el suficiente poder que impida continuar tratándolos como “objetos” del sistema internacional (Gullo, 2014, p. 37). De aquí el desafío para la región sudamericana de iniciar un proceso autonómico que tenga como destino sumarse a la mesa de los Estados que generan las pautas de juego de la sociedad internacional a través de iniciar un proceso de insubordinación ideológica hacia los Estados dominantes.

Gullo (p. 43) sostiene que la revolución estadounidense fue el primer proceso de insubordinación exitoso producido en la periferia del sistema, al mismo tiempo que las colonias hispanoamericanas constituyen el primero proceso de insubordinación fallido, ya que finalizó en la fragmentación territorial, en la incorporación de la región en la división internacional del trabajo como exportadora con exclusividad de materias primas, y en la subordinación a la potencia hegemónica británica.

Los movimientos anti hegemónicos en América Latina, trataron de alcanzar el umbral de poder a través de la integración regional, dado que comprendían que era extremadamente difícil alcanzar ese objetivo de forma aislada. Bolivia y Ecuador han sido los Estados sudamericanos que con mayor intensidad han generado nuevas alternativas a la regulación a la IED, con un diseño legal, institucional y político que busca generar mayor autonomía en el sistema internacional. Asimismo, ambos Estados, han comprendido que por sí solos no alcanza para lograr una verdadera autonomía, en términos de Puig del tipo heterodoxa, y en consecuencia han impulsado desde UNASUR, la creación de un tribunal de inversiones.

Los Estados periféricos que quieran alcanzar el rol de “sujetos” del sistema internacional, deberán alcanzar el “umbral de poder” establecido en ese tiempo. El “Umbral de poder” es entendido por Gullo (p.45) como el poder mínimo que necesita un Estado para no caer en el estadio de subordinación. Este poder mínimo necesario varía de acuerdo con el tiempo histórico que se analice. Así se pueden distinguir cuatro momentos fundacionales en cuanto al poder que se necesita acumular para ser un Estado subordinante. 1. Estado Nación. 2. Estado-Nación Industrial. 3. Estado Industrial continental. 4. Estado continental

posindustrial. El primer umbral fue alcanzado por España, Portugal y el Reino Unido en el momento que lograron organizar su estructura jurídico-institucional mediante un gobierno concentrado. Alemania e Italia, que en esos tiempos no lograron superar la dispersión de fuertes ciudades que disputaban la primacía, no alcanzaron este quantum de poder mínimo. El segundo momento, Estado-Nación Industrial, fue alcanzado en un primer momento en soledad por el Reino Unido a través de la revolución industrial y su tejido de comercio internacional con América, Asia y África. Con posterioridad, una vez que Alemania logro la unificación alcanzó también este estatus, como también lo hiciera Estados Unidos. La guerra civil norteamericana primero y luego las dos guerras mundiales, señalaron el advenimiento de Estados Unidos como la potencia que generó un nuevo “umbral de poder”. En este caso se trataba de un Estado industrializado, pero con dimensiones continentales, tanto por su tamaño físico como por su capacidad productiva. Este nuevo umbral impulsó a tanto Alemania como Francia a abandonar el concepto de Estado-Nación tradicional e iniciar la aventura de la Unión Europea. Como bien sostiene Gullo (2014, p. 47) esta situación hacia lo continental fue anticipada por pensadores latinoamericanos como Manuel Ugarte, José Enrique Rodó, y José Vasconcelos entre otros. Todavía hoy, bien entrado el siglo XXI, la integración regional, por lo menos de Sudamérica es el camino hacia la autonomía.

Los Estados periféricos logren alcanzar el “umbral de poder”, requieren de un intenso impulso estatal, entendido como todas las acciones del Estado para poner en acto lo que se encuentra en potencia. Todos los Estados potencia, con un fuerte poder nacional que alcanzaron en su momento el umbral de poder, contaron con impulso estatal. Gullo (2014, p. 48) sostiene que: “En los Estados periféricos, la necesidad de impulso estatal se ve acrecentada porque los Estados que más poder tienen tienden a inhibir la realización potencial de los subordinados para que no se altere la relación de fuerzas en su detrimento.”

El siglo XXI se desarrolla en un sistema internacional multipolar, donde la vigencia de Estados Unidos, la Unión Europea y Japón, el surgimiento de China, y la reinserción de

Rusia, le brindan a América Latina más posibilidades de relacionarse no, con una sola potencia, sino con varias. En este escenario, los Estados periféricos como los sudamericanos encuentran un mayor margen de maniobra para intentar acciones autónomas. Gullo (2014, p. 161) que una vez que los países de América del Sur logren construir una “unión sudamericana de naciones” que implemente un programa económico-diplomático-militar común, estarían en condiciones de negociar con el resto de las potencias la posibilidad de que estas acepten que la comunidad sudamericana lleve adelante una política pro industrial activa. A su vez, esta “unión de naciones”, si establece un programa y un trato común a la IED como lo proponen tanto Bolivia como Ecuador, podrán evitar que la IED se oriente con exclusividad a la realización de actividades extractivas incompatibles con el desarrollo que necesitan los Estados sudamericanos.

América Latina en general y Sudamérica en particular, deben emprender en términos de Gullo, un proceso de insubordinación ideológica, para que, junto a un eficaz impulso estatal, se logre alcanzar el “umbral de poder” de nuestros tiempos, para así iniciar acciones verdaderamente autónomas, que en última instancia logre el desarrollo definitivo del subcontinente.

El paso de objetos a sujetos, de espectadores a actores del sistema internacional, de los Estados sudamericanos no se realizará de manera individual. La integración regional, como lo sostuvo la CEPAL en los '50 de la mano de Raúl Prebisch, resulta ser el camino, el trampolín, para una búsqueda de mayor autonomía internacional, y abandonar el estatus de “objetos” del sistema internacional.

## **CONCLUSIONES**

El sistema interestatal westfaliano actúa con un doble rol frente a la IED. Por un lado, como agente de circulación de la IED, asociándose con las agencias capitalistas en la formación de monopolios; al mismo tiempo que el sistema westfaliano de la mano del Derecho Internacional trae dos principios fundamentales de las relaciones internacionales que son el principio de igualdad jurídica soberana de los Estados y el de la no intervención. Estos principios permiten dar respuestas e incluso límites al poder de las agencias capitalistas frente al de los Estados latinoamericanos.



Se pueden encontrar periodos en los que un Estado determinado es relativamente muy poderoso y otros periodos en los que el poder es más difuso y contestado, permitiendo a los Estados débiles una capacidad de acción más amplia. Se puede observar una relativa rigidez o flexibilidad del sistema-mundo como una variable importante. El siglo XXI con la complejidad que presenta, sumado a un retroceso de EEUU y un ascenso progresivo de China, permite un margen de flexibilidad para que los Estados periféricos adopten medidas autonomizantes.

A mediados de la década de los '80 y comienzos de los '90, debido al auge de la IED y la firma por parte de los Estados latinoamericanos de los TBIs, donde se les permite a las empresas multinacionales demandar a los Estados en tribunales arbitrales internacionales, y que claramente los favorece frente a los inversores nacionales, la región abandonaba los postulados de la Doctrina Calvo. Sin embargo, países como Brasil, Bolivia y Ecuador han demostrado que se puede regular al capital extranjero sin perjudicar a los inversores locales y sin generar desigualdades de trato. Por lo que podemos afirmar que la Doctrina Calvo lejos está de haber perdido vigencia, sino que por el contrario en estas casi dos primeras décadas del siglo XXI se puede observar un resurgimiento de los postulados de Calvo y en consecuencia una búsqueda de mayor autonomía de los Estados latinoamericanos en el marco de las relaciones económicas internacionales.

De aquí la necesidad de los Estados en desarrollo o periféricos como el caso de Bolivia y Ecuador de continuar impulsando los principios de Westfalia. Reforzar en el siglo XXI, el principio de igualdad soberana y no intervención que hacen al sistema interestatal o a la anarquía ordenada, que se materializan en la doctrina Calvo, al mismo tiempo que se ejercitan políticas autonómicas que permiten a los Estados periféricos aumentar su margen de decisión propia ante tanto los Estados hegemónicos como frente al gran capital trasnacional, en este caso a través de la IED efectuadas por las multinacionales. La doctrina Calvo y la búsqueda de mayor autonomía internacional le otorgan a los Estados periféricos una mayor estatalidad de hecho.

Cuando Puig esbozó su teoría entorno a la Autonomía, la doctrina Calvo seguía vigente y no implicaba una estrategia autonomizante, sino que se limitaba a expresar el principio del Derecho Internacional de la igualdad soberana de los Estados. Tras el fallecimiento de Puig en 1989, los Estados latinoamericanos con la firma de TBIs y la prórroga de jurisdicción en tribunales arbitrales internacionales abandonaron de manera masiva los postulados de Calvo.

Sin embargo, en esta primera década y algo más de siglo XXI, tanto Bolivia como Ecuador y ambos desde UNASUR han estructurado nuevas regulaciones a la IED, que con contenidos como el de la prohibición de que el Estado sea demandado por inversores en los fueros arbitrales internacionales tradicionales ha generado el retorno de la Doctrina Calvo. Pero en este siglo XXI haber retomado esta doctrina significa transitar el sendero de estrategias autonómicas, específicamente del tipo heterodoxa. El retorno de la Doctrina Calvo en Sudamérica es una manifestación de la limitación el poder de reparto de los repartidores supremos. Es una resistencia, que, de manifestarse en otros Estados, en términos de Puig recipiendarios, o en procesos de integración regional como UNASUR, podría generarse no solo un límite sino un nuevo criterio de reparto.

El abandono por parte de Bolivia y Ecuador del sistema de regulación de la IED propuesto por los TBIs no significó un descenso en el reparto de los flujos de capital extranjero hacia estos Estados. Por el contrario, en Bolivia en el periodo 2010-2013 y en Ecuador en el lapso 2013-2015, se alcanzaron topes máximos históricos de recepción de IED. La seguridad jurídica y los climas de inversión que los inversores demandan se pueden generar más allá de la delegación de soberanía y el contenido propuesto por los TBIs.

De implementarse el proyecto del Centro de Inversiones de UNASUR, donde se obliga a los inversores a litigar en el fuero regional, estaríamos en presencia de una nueva doctrina Calvo, esta vez ampliada más allá del ámbito nacional, para transformarse en una nueva doctrina regional.

Comenzar con una integración regional eficaz en materia de defensa contra la IED puede ser una agenda exitosa que genere la ramificación hacia otros sectores de vital importancia para el desarrollo de la región.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Arighi, G. (2014). *El largo siglo XX*. España: Editorial Akal

Bas Vilizzio, M. (2015). Solución de Controversias en los Tratados Bilaterales de Inversión: Mapa de situación en América del Sur. *Revista del Tribunal Permanente de Revisión*, (5), 233-253. DOI: <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.233>

Bas Vilizzio, M. (2015). Algunas reflexiones en torno al retiro de Bolivia, Ecuador y Venezuela del CIADI. *Revista densidades*, (17), 51-67.

Bernal Meza, R. (2005). América Latina en el mundo. El pensamiento latinoamericano y la teoría de las relaciones internacionales. Buenos Aires, Argentina: Ed. Nuevo Hacer.

Bernal Meza, R. (2009). El regionalismo: Conceptos, paradigmas y procesos en el sistema mundial contemporáneo. *Aportes para la Integración Latinoamericana*, (21), 1-29. Recuperado de: <https://revistas.unlp.edu.ar/aportes/article/view/3374>

Bernal Meza, R. (2015). La doctrina de la autonomía: realismo y propósitos. Su vigencia. En J. Briceño Ruiz & A. Simonoff (Eds.), *Integración y cooperación regional en América Latina*,

*una relectura a partir de la teoría de la autonomía*, (pp. 95-120) Buenos Aires, Argentina: Editorial Biblos.

Berrios R. (1981). La experiencia del Pacto Andino en regula la inversión extranjera y los flujos de tecnología: un paso adelante, dos atrás. *Revista de Estudios Latinoamericanos*, (8), 117-128. Recuperado de: [http://www.estudios-online.org/images/estudios/08/EL8\\_5.pdf](http://www.estudios-online.org/images/estudios/08/EL8_5.pdf)

Bouzaz, R. (2002). *Tópicos de Economía Internacional*. Quilmes, Argentina: Universidad Nacional de Quilmes.

Ceron Zapata, P., Argáez, S., Arbeláez, L. & Euse, L. V. (2007). Aspectos normativos de la inversión extranjera en Colombia: Una mirada a la luz de las teorías de las Relaciones Internacionales, *Cuadernos de Investigacion Universidad EAFIT*, (54), 1-101. Recuperado de: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/cuadernos-investigacion/article/view/1354/1225>

CEPAL (2015). *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe* (LC/G.2641-P) Santiago de Chile: Naciones Unidas. Recuperado de: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/38214/9/S1500535\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/38214/9/S1500535_es.pdf)

CEPAL (2013). *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe* (LC/G.2571-P) Santiago de Chile: Naciones Unidas. Recuperado de: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1151/S2013381\\_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1151/S2013381_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

CEPAL (2018). *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe* (LC/PUB.2018/13-P). Santiago de Chile: Naciones Unidas. Recuperado de: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43689/13/S1800684\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43689/13/S1800684_es.pdf)

Colacrai, M. (2009). Los aportes de la Teoría de la Autonomía, genuina contribución sudamericana. ¿La autonomía es hoy una categoría en desuso o se enfrenta al desafío de una renovación en un contexto interdependiente y más complejo?. En G. Lechini, V. Klagsbrunn & W. Goncalves (Org.) *Argentina e Brasil. Vencendo os preconceitos. As varias arestas de uma concepcao estratégica* (pp. Xx-XX9). Rio de Janeiro: Revan.

Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA). (2017). *Informe ejecutivo. Auditoria integral ciudadana de los tratados de protección recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje en materia de inversiones en Ecuador*. Quito, Ecuador: CAITISA. Recuperado de: <https://caitisa.org/index.php/home/enlaces-de-interes>.

Diaz Muller, L. T. (1990). Deuda externa y Derecho Internacional: Las deudas odiosas, la carta Tate y otros misterios. *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, (13), 67-80. Recuperado de: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/10667>

Echaide, J. (2017). Inversiones y solución de controversias: el proyecto dentro de la Unasur y propuestas alternativas. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 1(17), 369-403. doi:<http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2017.17.11040>

Ferrer, A. (2010). Raúl Prebisch y el dilema del desarrollo en el mundo global. *Revista CEPAL*, (101), 7-15. Recuperado de: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/11403-raul-prebisch-dilema-desarrollo-mundo-global>

Fiezzoni, S. (2011). The Challenge of UNASUR Member Countries to Replace ICSID Arbitration. *Beijing Law Review*, 2(3), 134-144. doi: [10.4236/blr.2011.23014](http://dx.doi.org/10.4236/blr.2011.23014).

Fountoura Costa J. A. (2010). *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro*. Brasil: Jurua

Garcia Bolivar, O. (2015). La crisis del Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras: propuestas de reforma. *Revista Secretaría Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur*, (5), 137-163. DOI: <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.137>

Gianelli, C. (2012). Acuerdos Bilaterales de Inversión. Opciones para equilibrar los derechos y obligaciones de las partes. *Estudios del CURI*, (2), 1-12. Recuperado de: <http://curi.org.uy/archivos/estudiodelCURI02del12gianelli.pdf>

Guerra Bello, G. (2017). Las disposiciones legales que desarrollan los preceptos constitucionales sobre la inversión privada extranjera en el Ecuador. *Foro, Revista De Derecho*, (17), 31-61. Recuperado a partir de <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/406>

Gullo, M. (2014). *La insubordinación fundante. Breve historia de la construcción del poder de las Naciones*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Biblos.

Kissinger, H. (2016). *Orden Mundial*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Debate.

Mellado, N. (2009). La integración sudamericana entre interrogantes y teorías. En N. Mellado (Ed.), *Mercosur y Unasur ¿Hacia dónde van?* (pp. 13-42). Cordoba, Argentina: Lerner Editora S.R.L. Recuperado de: [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/59808/Documento\\_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/59808/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1)

Mellado, N. (2005). Integración regional. Insuficiencias de las perspectivas teóricas. *Anales De La Facultad De Ciencias Jurídicas y Sociales de La Universidad Nacional De La Plata*, (36), 385-395.

Puig, J. C. (1984). *América Latina, políticas exteriores comparadas*, Buenos Aires, Argentina: Grupo Editor Latinoamericano.

Puig, J. C. (1980). *Doctrinas internacionales y autonomía latinoamericana*. Venezuela, Caracas: Universidad Simón Bolívar, Instituto de Altos Estudios de América Latina y Fundación Bicentenario de Simón Bolívar.

Puig, J. C. (1986). Integración y autonomía de América Latina en las postrimerías del siglo XX. *Revista de Integración Latinoamericana*, (109), 40-62.

Raya de Vera E. (2009). El régimen jurídico de las inversiones extranjeras en Argentina: en búsqueda del equilibrio. En J. Barraguirre (Coordinador), *El sistema de solución de controversias en materia de inversiones. panorama actual y proyecciones*. XXI Congreso argentino de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional; Córdoba, Argentina.

Raya de Vera, E. (2011) *Relación entre ciertos principios del derecho regional consuetudinario y los acuerdos de inversión (bilaterales y regionales) en el ámbito latinoamericano*. (Tesis de Maestría). Flacso – Universidad de San Andrés y Universidad de Barcelona. Buenos Aires, Argentina. Recuperada de: [http://repositorio.udea.edu.ar/jspui/bitstream/10908/753/1/%5bW%5d%20Disertacion.Eloisa.Raya.de.Vera\\_07-08.pdf](http://repositorio.udea.edu.ar/jspui/bitstream/10908/753/1/%5bW%5d%20Disertacion.Eloisa.Raya.de.Vera_07-08.pdf)

Raya de Vera, E. (2015). *Regimen jurídico latinoamericano de las inversiones extranjeras. Los tratados bilaterales de inversión, los acuerdos regionales, sus principales cláusulas, el CIADI y sus laudos*. España: Editorial Academica Española.

Rapoport, M. y Miguez, M. C. (2015). Desafíos y ejes para una inserción internacional autónoma de la Argentina y América del Sur en el escenario mundial. En J. Briceño Ruiz & A. Simonoff (Eds.), *Integración y cooperación regional en América Latina, una relectura a partir de la teoría de la autonomía*, (pp. 143-162) Buenos Aires, Argentina: Editorial Biblos.

Russell, R & Tokatlian J. G. (2010). *Autonomía y neutralidad en la globalización. Una readaptación contemporánea*, Buenos Aires, Argentina: Capital Intelectual.

Sanahuja, j. a. (2012). Regionalismo post-liberal y multilateralismo en Sudamérica: El caso de UNASUR. En A. Servin, L. Marínez & H. Ramazini Junior (Coords), *Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe 2012* (pp. 19-72). Buenos Aires, Argentina: CRIES. Recuperado de: <http://www.cries.org/wp-content/uploads/2013/03/anuario2012.pdf>

Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (Senplades). (2013). *Plan Nacional de Desarrollo / Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017*. Quito, Ecuador: Semplades. Recuperado de: <http://www.buenvivir.gob.ec/>

Simonoff, A. (2015). Integración y autonomía en el pensamiento de Juan Carlos Puig. En J. Briceño Ruiz & A. Simonoff (Eds.), *Integración y cooperación regional en América Latina, una relectura a partir de la teoría de la autonomía* (pp. 121-142) Buenos Aires, Argentina: Editorial Biblos.

Freeman Smith, R. (1991). América Latina, los Estados Unidos y las potencias europeas 1830-1930. En L. Bethel, (Ed.), *Historia de América Latina Tomo VII. América Latina. Economía, y Sociedad: 1870-1930* (pp. 73-98) Barcelona: Editorial Critica.

Suñé, N. (2015). Arbitraje en América Latina. Consideraciones en materia de inversiones. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur*, (5), 191-215. DOI: <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.191>

Prieto, G. (2012). Evolución del Derecho Internacional de inversiones: hacia un régimen global estable. *Foro Revista de Derecho* N° (17). <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3461/1/03-TC-Prieto.pdf>

Tamburini, Francesco. (2002). Historia y destino de la doctrina Calvo: ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo? *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (24), 81-101. <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552002002400005>

Tempone, R. E. (2012). *Protección de inversiones extranjeras*. Buenos Aires, Argentina y Madrid, España: Ciudad Argentina

Tironi, E. (1977). La Decisión 24 sobre capitales extranjeros en el Grupo Andino. *Estudios Internacionales*, 10(38), p. 12-26. doi:10.5354/0719-3769.2011.16574

Tomassini, L. (Comp.). (1984). *Transnacionalización y desarrollo nacional en América Latina*. Buenos Aires., Argentina: Grupo Editor Latinoamérica.

UNCTAD. (2016). *World Investment Report 2016*. Ginebra: Naciones Unidas. Recuperado de: [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf).

Esis Villarroel, I. (2015). Comentarios sobre la nueva ley de inversiones extranjeras de Venezuela. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, (5), 295-315. doi:<http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.295>

Wallerstein, I. (2012). *Capitalismo histórico y movimientos anti sistémicos. Un análisis de sistema-mundo* (Traductor Madariaga J.). España: Editorial Akal.