



MITOS SOBRE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN: “RESCATANDO” A LOS PAÍSES EN DESARROLLO DEL DESARROLLO

● Roberto Echandi ¹

RESUMEN

Este ensayo pretende resaltar el papel clave del derecho internacional de la inversión para los países en desarrollo en tiempos de globalización. No argumenta que el régimen de inversión internacional actual sea perfecto, ni que no requiera ajustes. Lo que se argumenta aquí es que, independientemente de cómo las relaciones de poder definieron las características del derecho internacional de la inversión en los siglos XIX y XX, los paradigmas de inversión en el siglo XXI se han transformado radicalmente facilitando el crecimiento de las economías en desarrollo. Por primera vez en la historia, una serie de países en desarrollo están industrializándose y diversificando sus economías y exportadores de bienes y servicios hacia sectores de mayor valor agregado. Esto ha sido posible gracias a las Cadenas Globales de Valor (CGV) que a su vez se materializan a través de la Inversión Extranjera Directa (IED). Está surgiendo un mundo multipolar económico y no solo el flujo de IED hacia adentro, sino hacia afuera de las economías tiene mucho que ver en este proceso. Paradójicamente, justo cuando los países en desarrollo finalmente están aprendiendo a insertarse en una economía globalizada y a aprovechar las normas internacionales para promover ese proceso, muchos sectores en los países desarrollados que no están acostumbrados a que el derecho internacional limite la total discreción que históricamente han disfrutado en su quehacer normativo y político, están reaccionando con dureza contra el mismo derecho de la inversión que contribuyeron a crear. En este contexto radicalmente nuevo, argumentar que un sistema de gobernanza internacional es solo una manifestación del imperialismo implica el riesgo de “rescatar” a los países en desarrollo del mismo desarrollo.

Palabras claves: inversión y desarrollo, solución de controversias inversionista- estado, gobernanza internacional, derecho internacional económico, acuerdos internacionales de inversión (AIIS).

ABSTRACT

This essay aims to stress the key role of international investment law for development in times of globalization. It does not argue that the current international investment regime is good as it is, nor that it does not require adjustments. Instead, it is argued here that regardless of how power shaped international investment law during the nineteenth and twentieth centuries, currently investment paradigms are radically shifting, and development is starting to happen. For the first time in history foreign direct investment (FDI) is in fact enabling developing countries to become major exporters of goods and services of increasing value added. An economic multipolar world is emerging and not only inward but also outward FDI from developing countries have a lot to do in this process. Just when developing countries are finally learning to insert themselves into a globalized economy, and just when they are learning how to use international rule-making to promote that process, many sectors in developed countries—not used to any external regime limiting their historical discretion in national decision-making—are harshly reacting against the very law they contributed to create. Within this radically new context, to argue that a system of global governance is just a manifestation of imperialism entails the risk of saving developing countries from development.

Key words: investment and development, investor-state dispute settlement, international governance, international economic law, international investment agreements.

¹ Especialista Líder en Comercio e Inversión, Banco Mundial. Todas las opiniones y errores expresados en esta nota no representan los puntos de vista del Grupo del Banco Mundial y son responsabilidad exclusiva del autor. Esta nota se basa en otro artículo publicado por el autor en idioma inglés en M. Bungenberg et al. (eds.), *European Yearbook of International Economic Law* 2016, Springer International Publishing, Switzerland.

Agradezco a Monserrat Monge su valioso apoyo en la traducción de este artículo

INTRODUCCIÓN

En las últimas tres décadas, el derecho internacional de la inversión se ha convertido en una de las áreas más dinámicas del derecho económico internacional. Dicha tendencia se deriva no solo de la negociación de un complejo y extenso tejido de Acuerdos Internacionales de Inversión (AIIs) en todo el mundo², que pasó de menos de 200 a finales de los años ochenta a más de 3500 en 2018, sino también de la creciente invocación de estos tratados para lidiar con conflictos que surgen entre los inversionistas extranjeros y los Estados receptores de inversión extranjera, principalmente IED. Cláusulas de arbitraje Inversionista-Estado han sido incluidas en los AIIs desde finales de los años sesenta, sin embargo, el uso activo de estas disposiciones para instituir procedimientos arbitrales fue poco frecuente hasta principios de los años 2000. Por ejemplo, desde 1987 hasta mediados de 1998, solo 14 casos basados en Tratados Bilaterales de Inversión (BITs por sus siglas en inglés) se presentaron ante el procedimiento de arbitraje entre inversionistas y Estados del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y solo se emitieron dos laudos y otros dos arreglos durante este período.³

El período desde finales de la década de 1990 ha experimentado un significativo aumento en la actividad litigiosa. 30 años después de la primera disputa inversionista-Estado fundamentada en un AII en 1987, el número acumulado de disputas invocando tratados aumentó a 855 para finales del 2017⁴. La invocación cada vez frecuente al arbitraje entre inversionistas y Estados ha impulsado el desarrollo de un creciente volumen de jurisprudencia que todavía está evolucionando y ha sido sometido a un amplio escrutinio dentro de la comunidad legal y académica. Ha surgido una dinámica interesante entre esta jurisprudencia en evolución y la elaboración de tratados de inversión, ya que los gobiernos prestan más atención a los impactos legales de la redacción de cláusulas particulares incluidas en sus AIIs. Gobiernos de numerosos países han revisado sus modelos de AIIs para tratar de corregir o aclarar algunas

interpretaciones polémicas o contradictorias de tribunales arbitrales⁵, generando una interesante interacción entre jurisprudencia y evolución de nuevas normas en la negociación de tratados.

Dentro de este contexto es que se enmarca el amplio debate tanto entre gobiernos, academia, organizaciones de la sociedad civil y el sector privado, sobre el propósito y la conveniencia de realizar ajustes a estos tratados o si, por el contrario, los mismos deberían ser desmantelados en su totalidad. Claramente, dada la relativa juventud de los AIIs, el aumento en los litigios ha evidenciado la necesidad de ajustar tanto la redacción de los textos como las características de las cláusulas de solución de controversias entre inversionistas y Estados. Sin embargo, si bien ciertos sectores consideran este aumento en los litigios y la evolución normativa derivada de los AIIs en gran medida como una tendencia natural del desarrollo de un régimen de inversión internacional fundamentado en reglas –en lugar de poder–, otros argumentan que el problema radica en la naturaleza misma y las características intrínsecas del derecho internacional de inversiones.

Es dentro del contexto de este debate que el artículo del Prof. Sornarajah “Derecho Internacional de Inversiones como Derecho para el Desarrollo: La Obsolescencia de un Sistema Fraudulento”⁶ y la versión original de este ensayo fueron escritos.⁷ Estos dos artículos son solo la punta del iceberg de una discusión profunda y compleja sobre el papel del derecho internacional de inversión y el desarrollo, discusión que a su vez mezcla diversos temas de diferente naturaleza.

Para ilustrar este punto, analicemos una de las características del derecho internacional de inversiones: la solución de controversias entre inversionistas y Estados. Mientras que para algunos el problema con el sistema de solución de controversias es la necesidad de mejorar ciertas características específicas de los procedimientos de arbitraje entre inversionistas y Estados –por ejemplo, si son lo suficientemente transparentes y contienen salvaguardas adecuadas para evitar reclamos frívolos o conflictos de intereses entre asesores legales y asesores

² El término ‘Acuerdo Internacional de Inversión’ (AII) se utiliza en esta nota como un término genérico para referirse a los acuerdos internacionales negociados entre los Estados para ofrecer garantías de trato y protección a inversiones recíprocas de sus inversionistas. Por la tanto, la categoría de ‘AIIs’ comprende Tratados Bilaterales de Inversión (BITs por sus siglas en inglés), Tratados de Libre Comercio (TLCs) con capítulos de inversión y las disposiciones relacionadas con la inversión de los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Es importante notar que esta última no contempla procedimientos de solución de controversias entre inversionistas y Estados.

³ Todos los casos pueden ser encontrados en la página web del CIADI www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm o en http://ita.law.uvic.ca/chronological_list.htm.

⁴ Fuente: UNCTAD (2019) investment policy hub, www.unctad.org

⁵ Este punto se ha desarrollado en detalle en UNCTAD (2007) Solución de Controversias Inversionista-Estado y el Impacto en la Reglamentación de las Inversiones, Nueva York y Ginebra.

⁶ M. Sornarajah, “International Investment Law as Development Law: The Obsolescence of a Fraudulent System”, pp.210-230, en M. Bungenberg et al. (eds.), *European Yearbook of International Economic Law 2016*, Springer International Publishing, Switzerland

⁷ R. Echandi, “Be Careful with What You Wish: Saving Developing Countries from Development and the Risk of Overlooking the Importance of a Multilateral Rule-Based System on Investment in the Twenty-First Century”, pp. 234-270. Ambos ensayos incluidos en, M. Bungenberg et al. (eds.), *European Yearbook of International Economic Law 2016*, Springer International Publishing, Switzerland.

legales, árbitros– para otros el problema es más fundamental. Se cuestiona si el arbitraje inversionista-Estado es en sí mismo es un vehículo apropiado para abordar las disputas legales entre inversionistas y gobiernos. Para otros el problema es aún todavía más básico. A saber, si los inversionistas, nacionales o extranjeros, deben tener del todo el derecho de ejercer una acción privada directa para cuestionar la legalidad de medidas de los gobiernos en una instancia internacional, ya sea un arbitraje o cualquier otro tipo de adjudicación.

La crítica de otros sectores contra el derecho internacional de inversiones va incluso más allá del sistema de solución de controversias. Sus objeciones se relacionan con la existencia misma del derecho internacional de inversiones como un vehículo para establecer estándares de protección dentro de la lógica de una economía orientada al mercado. Por último, pero no por ello menos importante y no ser exhaustivo con la lista de problemas que generan controversia hoy en día, para otros el problema radica en la existencia de un marco legal internacional que, por definición, fomentará ciertos valores y políticas y que inevitablemente erosionará la soberanía de los Estados para determinar unilateralmente cómo alcanzar mejor sus intereses, sean cuales sean.

Esta multiplicidad de niveles de cuestiones sobre el derecho internacional de la inversión, los AII y el sistema de solución de controversias inversionista-Estado, tiende a exacerbar la confusión en lugar de esclarecer el papel del derecho internacional de inversiones y el desarrollo. Por lo tanto, desde el principio permítanme aclarar de qué se trata y de lo que no se trata este ensayo.

Este ensayo pretende centrar la atención en la importancia del derecho internacional de la inversión para el desarrollo en tiempos de globalización. Esta nota no sostiene que el régimen de inversión internacional actual sea perfecto, ni que no requiera ajustes. Además, este comentario al artículo del profesor Sornarajah no cuestiona su opinión de que las asimetrías en el poder real entre los países desarrollados y en desarrollo han desempeñado históricamente un papel en la evolución del derecho internacional –punto en el cual el autor coincide plenamente. Tampoco cuestiona la opinión de que “el poder hegemónico ha utilizado la instrumentalidad del derecho internacional para proporcionar justificaciones en términos altruistas en pos de justificar su dominio”.⁸ El argumento central de este ensayo es que, independientemente de cómo las relaciones de poder forjaron el derecho internacional en el siglo XIX y las primeras etapas del siglo XX, el desarrollo de una economía globalizada en las últimas seis décadas está

desafiando las visiones y paradigmas tradicionales sobre la soberanía y el desarrollo y, por lo tanto, sobre el papel que el derecho internacional de la inversión debe jugar en ese contexto.

Esta nota sostiene que el derecho internacional de la inversión, incluido el derecho privado de acción de inversionistas para hacer cumplir las garantías de protección de la inversión, ya sea a través del arbitraje o mediante un sistema judicial internacional, no ha sido fraudulento y está lejos de volverse obsoleto. Más bien, el derecho internacional de inversiones está evolucionando, y es cada vez más relevante para el desarrollo. Además, se argumenta aquí que a medida que los países desarrollados están descubriendo la existencia de normas y disciplinas internacionales en materia de inversiones – ya que las mismas se aplican todos los países por igual, irrestrictamente de su poder económico o político– los países en desarrollo deberían promover el derecho internacional de inversiones para defender sus intereses en la economía del siglo XXI.

Hoy vivimos en un mundo donde el desarrollo ha dado pasos importantes en las últimas cuatro décadas. En los últimos 40 años, la esperanza de vida en los países en desarrollo ha aumentado en 20 años, casi lo mismo que se logró en toda la historia humana antes de mediados del siglo XX. En los últimos 30 años, el analfabetismo de adultos en el mundo en desarrollo se redujo casi a la mitad pasando del 47% al 25%. En los últimos 20 años, el número absoluto de personas que viven con menos de un dólar al día por primera vez ha comenzado a disminuir, aun cuando la población mundial ha crecido en 1.600 millones de personas. Gracias a los esfuerzos de reducción de la pobreza en China e India en particular, se proyecta que la proporción de personas que viven con menos de un dólar al día para el año 2015 disminuirá de 28% a poco más del 12%, lo que sacará de la pobreza a 500 mil millones de personas. Durante la última década, el crecimiento económico en el mundo en desarrollo ha superado al de los países desarrollados.⁹

La evidencia muestra cómo gracias a la apertura de los flujos de comercio e inversión, el mundo ha sido testigo de cómo cientos de millones de personas en el mundo en desarrollo han salido de la pobreza, las nuevas economías emergentes han transformado sus exportaciones de productos básicos a manufacturas sofisticadas y servicios y están utilizando el derecho económico internacional para salvaguardar sus intereses en un mundo cada vez más interdependiente, donde es probable que una interacción más estrecha genere con-

⁸ Sornarajah (2016), supra nota 6, sección 3.4.

⁹ Fuente: Banco Mundial. Datos disponibles en: https://www.worldbank.org/progress/reducing_poverty.html

flicto.

Desde China a México, desde Turquía a Etiopía o Marruecos, a países geográficamente más pequeños como Singapur, Chile, Irlanda o Costa Rica, hoy en día, la evidencia muestra que la cuestión ya no es si los países en desarrollo deberían integrarse a una economía internacional globalizada caracterizada por una evolución constante de cadenas de valor que enlazan la producción internacional de bienes y servicios. La cuestión es otra. El problema es cómo facilitar que las economías en desarrollo utilicen la inversión como un vehículo para insertarse en este proceso y, por lo tanto, atraer, retener y vincular la inversión internacional con sus economías nacionales y, por lo tanto, generar más empleos y mejor pagados para sus ciudadanos.

Por lo tanto, el desafío hoy es cómo incorporar en este ciclo virtuoso de desarrollo a los miles de millones de personas que, precisamente por no haber sido integradas dinámicamente en los flujos internacionales de producción, inversión, tecnología y conocimientos, todavía están atrapados en la pobreza, y que se están convirtiendo en víctimas de una brecha creciente entre los países más ricos y pobres¹⁰.

De hecho, la paradoja actual es que, pese a que la pobreza se está reduciendo, esta reducción no está disminuyendo la brecha en la desigualdad del ingreso entre los países más ricos y más pobres. Dado el papel clave que desempeña el conocimiento técnico para determinar el mayor valor agregado de bienes y servicios, hoy en día no solo es necesario aumentar la productividad de la producción y las exportaciones existentes. Para crecer, los países tienen que transformar cualitativamente la composición de sus exportaciones hacia bienes y servicios de mayor valor agregado. En otras palabras, no es lo mismo producir “potato” chips que “microchips”. Por lo tanto, el papel de la IED en el desarrollo ha pasado de ser una fuente de capital a convertirse en el vehículo clave para transferir ese conocimiento técnico y cambiar la composición de las exportaciones de los países. El desafío es entonces, obtener más inversiones, no menos, y el derecho internacional de la inversión tiene un papel clave que desempeñar en este proceso. En este contexto, este ensayo discrepa respetuosamente con muchos de los argumentos fundamentales expresados en el artículo del Prof. Sornarajah y otros expertos, que a menudo se presentan para defender el desmantelamiento, en lugar de la reforma, del régimen del derecho internacional

de la inversión. Por razones de tiempo y espacio, este ensayo abordará tres afirmaciones que parecen particularmente preocupantes, ya que se basan en muchas suposiciones implícitas que no solo son conceptualmente incorrectas, sino también fundamentadas en supuestos fácticos que no son reales.

La primera afirmación que merece ser comentada es la que se argumenta comúnmente en el debate actual sobre los AIIs, a saber, que la red existente de AIIs es el resultado histórico de un tipo de conspiración entre los países desarrollados y las instituciones financieras internacionales, que han inducido a los países en desarrollo a adoptar estos acuerdos con muy poco entendimiento sobre su contenido e implicaciones. En este sentido, el Prof. Sornarajah escribe:

“... los Estados fueron inducidos a firmar tratados de inversión con la creencia de que el bien resultaría de tal acción. En cambio, lo que ha resultado es una colmena de miseria en tiempos de crisis”¹¹.

Segundo, se argumenta que los AIIs no han contribuido al desarrollo. En este sentido, el profesor Sornarajah afirma:

“El vínculo entre el sistema de protección de la inversión a través de los tratados y el desarrollo económico fue el supuesto sobre el cual se construyó el sistema. El enlace se basa en una hipótesis no probada desarrollada por los Estados desarrollados y las instituciones financieras que ellos controlan, como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional”¹².

En tercer lugar, el profesor Sornarajah también sostiene que un problema adicional con el régimen de protección de inversiones existente es que limita indebidamente la soberanía y el espacio de políticas de los países en desarrollo para perseguir políticas que son necesarias para garantizar el desarrollo: “Si es cierto que no existe una correlación entre los flujos de inversión y la firma de tratados de inversión, los Estados anfitriones pierden soberanía innecesariamente al suscribir tratados de inversión.”¹³ y agrega: “Es falso que el desarrollo tenga lugar sobre la base de tratados de inversión. Los Estados sin tratados de inversión como Brasil han logrado un progreso económico espectacular ... Parece que los tratados de inversión solo traen problemas. Imponen ataduras regulatorias a través de la amenaza de arbitraje por parte de un inversionista y hacen que los Estados forjen acciones en el interés público”¹⁴.

En este punto, es importante subrayar que este ensa-

¹⁰ Collier, P. (2007) *The Bottom Billion: Why the Poorest Countries are Failing and What Can Be Done About* (New York: Oxford University Press)

¹¹ CSornarajah (2016), supra nota 6, sección 3.4.

¹² Sornarajah (2016), supra nota 6, sección 1.

¹³ Sornarajah (2016), supra nota 6, sección 1.

¹⁴ Sornarajah (2016), supra nota 6, sección 3.4.

yo no sostiene que todo esté bien con el estatus quo legal actual del derecho internacional de inversiones. Lo que se afirma en esta nota es que, además de otras cuestiones que los países están resolviendo actualmente a través de los AIIs de nueva generación –que aclaran disposiciones sustantivas y modernizan los procedimientos de solución de controversias entre inversionistas y Estados e incluso que consideran el establecimiento de un tribunal internacional de inversionistas y Estados– existen tres problemas estructurales con el actual régimen de derecho internacional de inversiones tal como está hoy planteado, que requieren una mayor atención y que lamentablemente el debate actual no los toma en cuenta.

Primero, el régimen internacional de la inversión está conformado por una red de cientos de BITs similares, aunque redactados de manera diferente y con diferentes efectos legales, además de TLCs con capítulos de inversión.¹⁵ Dicha fragmentación y diversidad promueve necesariamente la incoherencia jurisprudencial. A pesar de la evolución de los AIIs de “nueva generación”, que abordan la mayoría de las críticas que los interesados han hecho al modelo europeo original de BITs¹⁶, una gran cantidad de tratados anticuados y redactados de manera imprecisa aún siguen vigentes. En segundo lugar, el régimen de inversión actual está artificialmente desconectado del sistema multilateral de comercio, por lo tanto, los múltiples niveles de interacción entre comercio y la inversión con frecuencia se invisibilizan, en un mundo donde la producción internacional ya no se diferencia entre estos dos¹⁷. Tercero, tanto países como academia han incorrectamente visualizado la aplicación y ejecución de los AIIs exclusivamente a la resolución de conflictos, en lugar de promover sistemáticamente el uso de estos tratados como una herramienta para gestionar la resolución no litigiosa de problemas y conflictos entre gobiernos, inversionistas y sociedad civil¹⁸.

Además de esta introducción, este ensayo se enfoca en responder a los principales argumentos del Prof. Sornarajah mencionados anteriormente. Se centra en pre-

sentar algunas reflexiones del autor con respecto a los desafíos actuales del régimen de inversión internacional tal y como está diseñado ahora. Por último, pero no menos importante, se incluye algunas observaciones finales. En aras de la transparencia, advierto al lector de que la mayoría de las opiniones expresadas en este ensayo se basan en la experiencia del autor como ex negociador de comercio e inversión de un pequeño país en desarrollo. Durante casi dos décadas, el autor frecuentemente estuvo inmerso tanto en la negociación como en la aplicación de AIIs, así como la discusión de la economía política nacional e internacional de las negociaciones de esos acuerdos.¹⁹

ACLARANDO MITOS: REFLEXIONES SOBRE LAS CRÍTICAS COMUNES AL RÉGIMEN DE INVERSIÓN INTERNACIONAL

Los AIIs son el Resultado de una “Gran Oferta” Ofrecida por los Países Desarrollados y las Instituciones Financieras Internacionales a los Países en Desarrollo

En el campo de la política de inversión internacional, las motivaciones de los países desarrollados para promover la negociación de AIIs son bien conocidas y están documentadas. Históricamente, estos países han sido economías exportadoras de capital que buscan protección para los activos de sus inversionistas cuando se invierten en el extranjero. En cambio, las motivaciones que llevan a los países en desarrollo a limitar su soberanía y asumir obligaciones internacionales a través de AIIs son menos obvias y han sido objeto de más debate. Académicos y expertos del mundo desarrollado han comentado sobre este asunto, intentando interpretar y decifrar las motivaciones que los países en desarrollo han tenido para suscribir estos tratados.

Los postulados que intentan explicar por qué los países en desarrollo suscriben los AIIs son variados, y oscilan entre explicaciones extremadamente simplistas

¹⁵ Este punto se ha desarrollado en detalle en UNCTAD (2006) *Acuerdos Internacionales de Inversión: Tendencias y Cuestiones Emergentes*, Ginebra, Naciones Unidas.

¹⁶ Echandi R, (2010) “Bilateral Investment Treaties and Investment Provisions in Regional Trade Agreements: Recent Developments in Investment Rulemaking” in K. Yannaca-Small (Ed.) *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues* (Oxford, New York: Oxford University Press)

¹⁷ Echandi R. & Sauve P. (Eds) (2013) *Prospects in International Investment Law and Policy: World Trade Forum* (Cambridge, Cambridge University Press).

¹⁸ Este punto se desarrolla está elaborado más a fondo en Echandi (2011) *Mecanismos de Prevención de Disputas entre Inversionistas y Estados: ¿Por qué son tan importantes para los países en desarrollo y para la sana evolución del régimen de inversión internacional?* en UNCTAD (2011) *Disputas Inversionista-Estado: Prevención y Alternativas al Arbitraje II*, Actas de la Universidad de Washington y Lee y Simposio conjunto de UNCTAD sobre inversión Internacional y Resolución Alternativa de Controversias, celebrado el 29 de marzo de 2010 en Lexington, Virginia, EE. UU. (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas).

¹⁹ Claramente, las ideas incluidas en esta nota están coloreadas por la experiencia de mi propio país y región. Vengo de Costa Rica, una nación muy pequeña en Centroamérica que ha tenido bastante éxito en atraer inversión extranjera directa (IED) y utilizarla para fomentar una transformación cualitativa de su economía. Hace poco más de 20 años, la abrumadora mayoría de las exportaciones costarricenses se concentró en unos pocos productos agrícolas, básicamente banano y café. Hoy en día, Costa Rica exporta más de cinco mil productos, entre los que se encuentran los microchips, los dispositivos médicos de alta tecnología y las exportaciones de servicios, que se encuentran en la parte superior de la oferta de exportación. Claramente, el comercio internacional y la inversión han sido fundamentales para permitir que Costa Rica pase de ser un exportador de productos básicos a un proveedor de bienes y servicios de mayor valor agregado. Para obtener información más detallada, ver: Ferreira, G. (2009), *De granos de café a microchips: Diversificación de exportaciones y crecimiento económico en Costa Rica*, Louisiana State University, mimeo, <http://ageconsearch.umn.edu>

y un tanto condescendientes hasta análisis más sofisticados. No obstante, una idea común que subyace a las explicaciones de muchos académicos europeos o estadounidenses cuando intentan explicar la aceptación de los AIIs por parte de los países en desarrollo es que éstos últimos creyeron en la “gran oferta” implícita en estos tratados: la expectativa de recibir mayores flujos de capital a cambio del compromiso de proteger a la inversión extranjera. Si bien esta es una propuesta racional, explicar las intenciones de los países en desarrollo de suscribir AIIs exclusivamente sobre la base de esta “gran oferta” tiene tres problemas fundamentales.

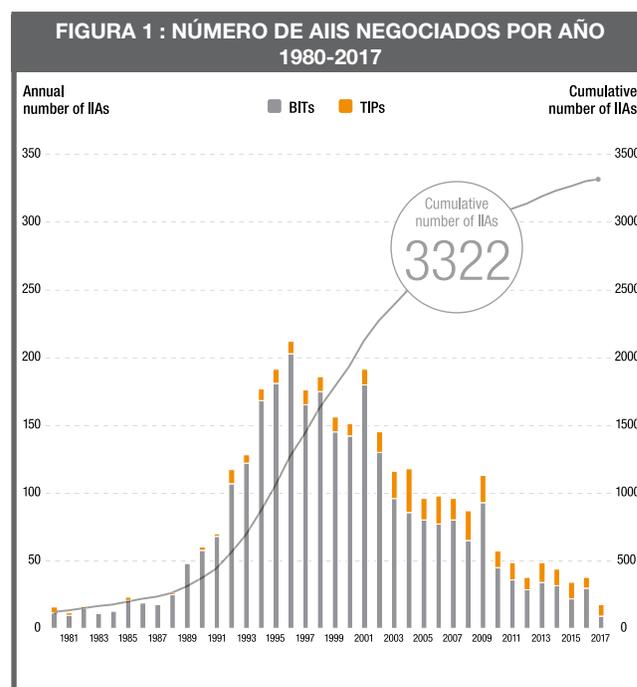
Primero, presupone que existe un vínculo causal entre la protección de la inversión y un aumento en los flujos de inversión. Como se explicará a continuación, es una realidad incuestionable que la cantidad de IED que fluye hacia un país anfitrión depende de una compleja serie de variables, y no sólo de suscribir tratados. ¡Ojalá fuera tan sencillo! En segundo lugar, enmarcar el fundamento de los AIIs exclusivamente sobre la existencia de tal “gran oferta” conduce a un punto de referencia erróneo contra el cual evaluar la utilidad de los AIIs. En efecto, de acuerdo con esta lógica, si la protección de la inversión a través de los AIIs no se traduce en un aumento de los flujos de inversión, dicha “gran oferta” se frustraría, sugiriendo, por lo tanto, un resultado injusto contra los países en desarrollo si continúan manteniendo su parte del acuerdo. Además, esta perspectiva también presupone que, para los países en desarrollo, el fundamento exclusivo de los AIIs es fomentar los flujos de inversión. Como se explicará más adelante, esa no es la función exclusiva que realizan estos instrumentos internacionales en los países en desarrollo.

Por último, pero no menos importante, el tercer problema con la premisa de explicar el interés de los países en desarrollo de suscribir AIIs exclusivamente en términos de esta lógica de la “gran oferta”, es que resulta ser inexacta desde una perspectiva histórica. La visión de la “gran oferta” supone que los países en desarrollo optaron por asumir la obligación de proteger la inversión extranjera como resultado de los AIIs. Esta perspectiva presupone un proceso secuencial en el cual los países en desarrollo debían ajustar su legislación nacional como resultado de los AIIs. No obstante, la historia demuestra que, en el caso de la mayoría de los países en desarrollo, la secuencia fue la contraria. La negociación de los AIIs se llevó a cabo solo después de profundas transformaciones económicas y legales resultantes de la crisis de la deuda de los 80 en muchos países y de la caída de la Cortina de Hierro. No a la inversa. Por lo tanto, la

historia demuestra que los AIIs fueron solo una consecuencia – y no un factor como frecuentemente muchos académicos europeos y estadounidenses creen– de las reformas internas orientadas a liberalizar las economías de los países en desarrollo y las economías en transición en un contexto histórico específico.

La negociación generalizada de los AIIs es realmente un fenómeno de los años noventa. Aunque el primer BIT se negoció en 1959, es muy revelador que durante la década de 1960 y hasta la década de 1980, la actividad de negociación de BITs fue muy limitada. Entre el primer BIT negociado en 1959 entre Alemania y Pakistán y 1979 se suscribieron menos de 200 BITs, lo que representa un promedio de menos de 10 BITs negociados cada año. Durante la década de 1980, la actividad de negociación casi se duplicó, elevando el número promedio de BIT negociados cada año a 19. Sin embargo, no fue hasta la década de 1990 cuando se produjo el “boom de negociación de los AIIs”. Como lo ilustra la Fig. 1, durante esa década, el número promedio de BITs negociados cada año fue más de 8 veces mayor que en la década de 1980, alcanzando los 144 BITs negociados cada año. Durante la primera década del siglo XXI, ese promedio anual disminuyó significativamente.

La Figura 1 ilustra claramente cómo el aumento en la actividad de negociación de los AIIs, en particular los BITs, se convirtió en una tendencia durante la década



de 1990, que disminuyó gradualmente durante la última década. ¿Qué factores pueden explicar esta tendencia? Si los BITs se “impusieron” a los países en desarrollo, ¿cómo puede explicarse que en el momento en que las potencias europeas abogaban por los BITs en la década de los sesenta, la mayoría de los países en desarrollo rechazaron las negociaciones de BITs y en su lugar abogaron por el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI) en las Naciones Unidas?

La determinación de la intención de los Estados al entrar en los AII es un ejercicio que debe realizarse con cautela. Las motivaciones específicas que llevan a los gobiernos a suscribir los AII son múltiples y variadas, y cualquier intento de proporcionar una explicación única puede ser engañoso. Sin embargo, la evidencia muestra que, independientemente de tales especificidades, los AII son una consecuencia de las profundas reformas económicas y políticas que la mayoría de los países en desarrollo y las economías en transición emprendieron durante los años ochenta y noventa. La historia evidencia una secuencia mediante la cual la mayoría de los países en desarrollo emprendieron por primera vez programas de ajuste estructural, reformaron sus ordenamientos jurídicos nacionales y solo luego, y no antes, asumieron obligaciones legales a través de los AII, no al revés.

El dramático impacto de la crisis de la deuda de la década de 1980, había obligado a la mayoría de los países latinoamericanos a cuestionar las antiguas políticas de industrialización por sustitución de importaciones implementadas durante más de tres décadas. Los vientos del “consenso de Washington” soplaban con fuerza y, dado el evidente fracaso de las políticas implementadas durante las tres décadas anteriores, la mayoría de los países en desarrollo emprendieron reformas de ajuste estructural. Tales reformas promovieron objetivos como abrazar la disciplina fiscal, reorientar el gasto público, emprender una reforma tributaria, liberalizar las cuentas de capital y las tasas de interés, privatizar las empresas propiedad del gobierno, liberalizar los aranceles y las barreras no arancelarias, promover la desregulación y promover la protección efectiva de los derechos de propiedad y las relaciones contractuales.

Desde la década de los 1940s, en América Latina prevalecieron diferentes variaciones de un modelo económico “hacia adentro” dirigido por el Estado, que promovió la sustitución de importaciones a través de

una política comercial proteccionista. Con las reformas estructurales en los 1980s, se promovió la privatización generalizada de múltiples empresas estatales no solo para equilibrar enormes déficits fiscales, sino también como resultado del cambio en la concepción del papel del Estado en la economía. El Estado ya no sería concebido como un empresario, sino como un regulador de la actividad económica privada. Además, la orientación del modelo de desarrollo económico, hasta entonces orientada a promover el desarrollo de los mercados internos, se orientó hacia la promoción de la integración del sector productivo nacional en la economía internacional.

En medio de la crisis de la deuda, uno de los principales objetivos de los encargados de formular políticas en la mayoría de los países en desarrollo y economías en transición era aumentar y diversificar las exportaciones. Este objetivo era fundamental no solo para estabilizar las economías a corto plazo, sino también para fomentar el crecimiento a largo plazo. Además, la mayoría de los gobiernos aspiraban no solo a exportar más, sino a aumentar el valor agregado a sus exportaciones, por lo tanto, rápidamente se hizo evidente para los responsables de la formulación de políticas que, para tal fin, sería fundamental atraer mayores flujos de IED.

Los gobiernos entendieron las ventajas potenciales de la IED para lograr acceder a capital, la transferencia de tecnología, el acceso a redes de distribución internacionales y la generación de empleos. Además, si la inversión productiva se iba a atraer, la mayoría de los gobiernos de los países en desarrollo entendieron que las reformas profundas tendrían que transformar el estado caótico de sus economías en un entorno suficientemente competitivo donde los negocios internacionales podrían prosperar y generar encadenamientos con los sectores productivos nacionales.

En este contexto, al menos en el caso de los países de América Latina, el proceso de reforma interna comenzó mucho antes de la negociación de los AII. Mientras que las reformas comenzaron en la década de 1980, las negociaciones de los AII tuvieron lugar una década más tarde, en la década de los 90. Las políticas orientadas hacia el mercado en la década de 1980 también se reflejaron en las reformas a la legislación nacional que afectan la inversión extranjera. La ola de reformas de los marcos regulatorios nacionales que afectan la inversión extranjera durante la década de 1980 está bien documentada²⁰.

²⁰ Para 1991, cuando apenas comenzaba la ola de negociaciones de los AII, el Informe de la UNCTAD sobre las Inversiones en el Mundo ya comentaba las importantes reformas emprendidas a nivel nacional por los países en desarrollo durante los años ochenta. “La tendencia a reducir las restricciones a las actividades de las empresas transnacionales en los países en desarrollo anfitriones es uno de los desarrollos políticos más importantes de la última década. Una muestra de más de 300 casos de cambios en las políticas y regulaciones que afectan la inversión extranjera directa por parte de empresas transnacionales que cubren 46 países (20 países desarrollados con economías de mercado y 26 países en desarrollo, incluidos cinco países recientemente industrializados) durante 11 años (1977–1987), ilustra el alcance y la dirección de los cambios. Más de dos tercios de los cambios en la muestra apuntaban a reducir las restricciones a las actividades de las empresas transnacionales. En el caso de los países de reciente industrialización, más de las tres cuartas partes de los cambios apuntaban a reducir las restricciones a las empresas transnacionales”. (UNCTAD (1991) Informe sobre las Inversiones en el Mundo 1991, Ginebra: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, pág. 28.)

Por lo tanto, la ola de negociación de los AII se inició solo una vez que los gobiernos ya habían iniciado previamente el proceso de reformas orientadas al mercado que llevaban a modificar sus leyes y regulaciones nacionales aplicables a la inversión extranjera. En otras palabras, fue el proceso de reformas internas motivadas por los programas de ajuste estructural lo que permitió a los gobiernos asumir compromisos internacionales en los AII, y no al revés.

En efecto, para los países en desarrollo y economías en transición, el contenido de los AII no implicó reformas adicionales a las leyes y regulaciones nacionales. Esto porque las normas y disciplinas de los AII eran plenamente compatibles con las reformas que ya se habían llevado a cabo anteriormente en el contexto de los programas de ajuste estructural. Este hecho explica entonces por qué las negociaciones de los AII durante los años noventa no fueron controversiales en los parlamentos nacionales de la mayoría de los países en desarrollo. De hecho, si las autoridades ya habían pagado el precio político de emprender unilateralmente los duros programas de ajuste estructural que implicaban una revisión importante de la legislación económica nacional, es fácil de comprender el porqué de negociar acuerdos internacionales que podrían dar algo a cambio a los países en desarrollo.

Además, la crisis de la deuda hizo que cualquier posibilidad de financiar el desarrollo a través del endeudamiento público o la ayuda oficial fuera ilusoria, dejando a la inversión extranjera privada como prácticamente la única fuente de financiamiento para fomentar el desarrollo y la expansión de la actividad económica en los países en desarrollo. La sed de IED era extraordinaria, y habiendo adoptado unilateralmente prácticamente todos los estándares de protección incluidos en los AII, el siguiente desafío para los gobiernos era hacer que esas reformas fueran conocidas y creíbles para los inversionistas extranjeros. De ahí el papel clave de los AII como dispositivos de señalización, punto que se desarrolla más adelante.

Un aspecto adicional importante que la literatura sobre inversiones suele pasar por alto cuando se explica el auge de las negociaciones de los AII es que, al menos en el caso de América Latina y la mayoría de las economías en transición, los vientos del liberalismo no se limitaron a la política económica. Para la década de 1990, América Latina ya había experimentado una ola de democratización y la caída de la mayoría de las dictaduras militares que habían gobernado durante décadas la mayor parte de los países de la región. La democrati-

zación también estaba de moda en Europa del Este y en otras partes del mundo en desarrollo. En este contexto, la promoción de garantías que protegen a las personas contra el posible abuso del poder del Estado – que es la lógica subyacente de las normas de protección incluidas en los AII– como las normas de trato justo y equitativo, el debido proceso legal y la transparencia, también fueron coherentes con las nuevas reformas democráticas y administrativas que tuvieron lugar en la mayoría de los países en desarrollo y las economías en transición, –un proceso que, en gran medida, aún no se ha concluido en muchos de estos países.

LOS PAÍSES EN DESARROLLO NO ENTENDÍAN LAS IMPLICACIONES NI LOS IMPACTOS DE LOS AII

Hasta ahora hemos explicado cómo durante la década de 1990 hubo un contexto económico y político que facilitó la negociación de los AII por parte de los países en desarrollo y las economías en transición. Sin embargo, el hecho de que la negociación de estos acuerdos internacionales prácticamente no implicó ninguna reforma adicional al ordenamiento jurídico nacional, por lo tanto, ningún costo político asociado, aún no explica cuáles fueron los beneficios o incentivos positivos que los gobiernos podrían haber esperado al suscribir los AII.

Las motivaciones específicas que llevan a un gobierno a suscribir un AII particular varían de gobierno a gobierno y de negociación a negociación. Cada negociación tiene su propia historia particular, y sería pretencioso presentar aquí un conjunto único de explicaciones para cada una de los miles de negociaciones de AII que tuvieron lugar durante de los años noventa y siguientes. Por lo tanto, en lugar de centrarse en identificar las intenciones específicas de cada país en desarrollo al ingresar a cada AII, esta sección explica con más detalle por qué, dado el contexto económico y político descrito anteriormente, muchos países en desarrollo visualizaron los AII como instrumentos para negociar activamente.

Además del bajo costo político asociado con su negociación, los AII eran instrumentos que encajaban perfectamente dentro de la nueva estrategia de desarrollo aplicada por la mayoría de los países en desarrollo y las economías en transición. Con la crisis de la deuda y la implementación de programas de ajuste estructural, las élites gobernantes, al menos en la mayoría de los países de América Latina, habían incorporado al gobierno varios cuadros de tecnócratas jóvenes, la mayoría for-

mados en las mejores universidades de los Estados Unidos y Europa. Estos equipos de tecnócratas estuvieron a cargo de las principales decisiones de política económica durante la década de 1990 y la mayoría de ellos visualizó claramente los AII como instrumentos para lograr, tanto a nivel nacional como internacional, varios objetivos que fueron críticos para el éxito de la nueva estrategia de desarrollo orientada al exterior. A este respecto, se esperaba que los AII cumplieran diversas funciones, tanto a nivel externo como a nivel doméstico.²¹

Las Funciones de los AII en el Frente Externo

En el frente externo, se esperaba que los AII persiguieran al menos dos objetivos críticos. Primero, los AII deberían servir como un dispositivo de señalización para los inversionistas extranjeros que inducían mayores niveles de confianza con respecto al ambiente de apertura y el nivel efectivo de protección que sus inversiones recibirían en los países receptores. Segundo, los AII deberían contribuir a despolitizar los conflictos internacionales de inversión. Cada uno de estos temas se desarrolla con mayor detalle a continuación.

Señalización

Las economías en desarrollo con grandes mercados domésticos emergentes, como Brasil, Rusia, India, China o Sudáfrica (BRICS) disfrutaban de una ventaja que muchos otros gobiernos de países en desarrollo más pequeños envidian: son constantemente visibles en el entorno económico internacional. Para bien o para mal, los inversionistas internacionales en los principales centros económicos del mundo, así como los medios de comunicación especializados, monitorean constantemente y tienden a estar muy familiarizados con los desarrollos económicos y políticos cotidianos en las economías BRICS. Esa no es la situación de la mayoría de los otros países en desarrollo. De hecho, uno de los principales desafíos para la mayoría de los países en desarrollo más pequeños, que constituyen la mayoría numérica de las naciones en el mundo, es hacerse visible en la pantalla de radar de los inversionistas internacionales. Algunos países incluso luchan por ser reconocidos sobre su existencia. En este contexto, se hace evidente que, para las economías en desarrollo más pequeñas, asumir el desafío de fomentar un entorno doméstico de apertura para la inversión en la década de 1980 era solo la mitad del proceso. También sería necesario que estos países demostraran que el nuevo marco regulatorio era efectivo y

que, de hecho, se iba a implementar en la práctica.

En un mundo donde la riqueza depende cada vez más de cómo un país en particular se inserta en la economía internacional, ser invisible para los inversionistas extranjeros es un asunto que los gobiernos deben tomar muy en serio. Además, al carecer de importantes mercados domésticos emergentes para atraer a los inversionistas extranjeros, las economías más pequeñas tienden a depender más de la IED en busca de recursos naturales o de la IED en busca de eficiencia.²² Este último es el tipo de IED que la mayoría de los países en desarrollo están interesados en atraer debido a sus beneficios potenciales en términos de aumento, diversificación y transformación de su oferta de exportación y generación de empleos, sin embargo, este es el tipo de IED para la que hay más competencia internacional y dada su IED orientada a la exportación, la IED que busca eficiencia también es bastante sensible a nivel de acceso al mercado, en términos de barreras arancelarias y no arancelarias, que las exportaciones originarias del país anfitrión pueden disfrutar en los principales destinos del mercado de exportación.

En este contexto, es evidente que para las economías en desarrollo más pequeñas, el fomentar un entorno doméstico favorable a la IED en la década de 1980 era solo la mitad de la ecuación. También era necesario que estos países demostraran que el nuevo marco regulatorio era efectivo y que, de hecho, en la práctica se iba a implementar. No solo había que tener un clima de negocios favorable a la inversión, había que evidenciarlo y divulgarlo ampliamente a los inversionistas en otras latitudes. Además, los países más pequeños también tenían que superar el reto de convencer a los inversionistas privados de por qué deberían ubicar sus negocios en sus economías en vez de en otros países en desarrollo con mercados más amplios. Es por ello que muchos países en desarrollo comenzaron a negociar TLCs incorporando capítulos de inversión. A través de estos acuerdos, los gobiernos anfitriones podrían garantizar a los inversionistas extranjeros –que a su vez eran también exportadores– que al localizar sus operaciones en sus países, su producción se beneficiaría de libre acceso en mercados de exportación.

Asimismo, tener muchos AII demostraría la existencia de una política de inversión uniforme en el país receptor, aumentando así la credibilidad de sus políticas y facilitando las labores de promoción de inversiones. Por lo tanto, es cierto que los presidentes y ministros

²¹ Este punto está elaborado más a fondo en Echanti R. (2010) "Bilateral Investment Treaties and Investment Provisions in Regional Trade Agreements: Recent Developments in Investment Rulemaking" in K. Yannaca-Small (Ed.) *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues* (Oxford, New York: Oxford University Press)

²² Para una explicación sobre los diferentes tipos de IED ver: John H. Dunning, Sarianna M. Lundan (2018) *Multinational Enterprises and the Global Economy*, Edward Elgar Publishing

aprovecharon cada oportunidad que tuvieron para maximizar la publicidad de la firma de un AII, pero esto no se debió a que las élites gobernantes no entendían el contenido o las implicaciones de estos instrumentos. Nada más lejos de la realidad. Por el contrario, tales acuerdos reflejaban las reformas que previamente ya se habían realizado a nivel nacional, y ése era precisamente el mensaje que los gobiernos estaban ansiosos por transmitir a la comunidad internacional de inversionistas.

Los AIIs como Instrumentos de Despolitización de los Conflictos Internacionales Relacionados con la Inversión

Un número importante de acérrimos críticos del derecho internacional de la inversión parece haber olvidado que las disputas sobre inversiones internacionales no son nada nuevo. Estas disputas son tan antiguas como la misma actividad económica internacional. Durante siglos han existido disputas entre inversionistas y Estados, lo que ha cambiado son los medios para resolverlas. La historia está plagada de ejemplos de conflictos políticos resultantes de intereses relacionados con la inversión. A lo largo del siglo XIX y principios del siglo XX, la protección diplomática era una forma común de abordar las disputas relacionadas con la inversión. Gobiernos de países exportadores de capital asumían la protección de los intereses de sus ciudadanos en el plano internacional. En muchos casos, el abuso de la protección diplomática condujo a la diplomacia del “cañón” y otras manifestaciones de poder contra los países en desarrollo.²³ La inclusión de mecanismos jurídicos de resolución de disputas entre inversionistas y Estados en los AIIs se fundamentó en proporcionar a los inversionistas un derecho de acción para hacer valer directamente sus derechos, a cambio de una obligación legal tanto para los inversionistas como para sus Estados de origen de abstenerse de ejercer cualquier protección diplomática contra el país anfitrión durante los procedimientos de arbitraje.

Esta premisa explícita en la negociación de los AIIs fue coherente con un objetivo político fundamental que la mayoría de las élites gobernantes de los países en desarrollo en los años ochenta y noventa comprendieron claramente. Los gobiernos entendieron que en un mundo cada vez más interdependiente, los países en desarrollo deberían abogar enérgicamente por el desarrollo de instituciones económicas internacionales jurídicamente orientadas, es decir, fundamentadas en reglas y

no en el poder irrestricto. La globalización significaba que el mundo sería cada vez más propenso a frecuentes tensiones internacionales. En ese contexto, los países en desarrollo, especialmente los más pequeños, tendrían un poder económico, político y/o militar muy limitado para defender sus intereses. En consecuencia, uno de los pocos instrumentos que estos países tendrían a su disposición para promover su agenda en un entorno económico interdependiente sería el derecho internacional -a pesar de todas sus limitaciones.

Dentro de este contexto, se hace evidente porque los países en desarrollo comenzaron a involucrarse más activamente en la elaboración de normas internacionales del comercio y la inversión, no solo a través de los AIIs, sino también accediendo instituciones como el Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y más tarde la Organización Mundial de Comercio (OMC). De hecho, no es una coincidencia que, a fines de los años ochenta y noventa, hubo una ola de adhesiones de países en desarrollo y economías en transición a la OMC. En este contexto, el interés de los países en desarrollo no era solo intentar participar lo más posible en la elaboración de normas internacionales, sino también garantizar que los conflictos internacionales relacionados con el comercio y la inversión no se resolvieran unilateralmente, de acuerdo con una diplomacia orientada por poder, sino más bien a través de una resolución de disputas orientada por normas y disciplinas jurídicas multilateralmente acordadas.

A partir de la década de 1990, la promoción de la “juridización” del comercio internacional y la inversión se ha convertido en un importante objetivo sistémico para muchos países en desarrollo. La promoción de la resolución de disputas sobre la base de reglas se ha previsto no solo como un medio para intentar compensar las asimetrías de poder, sino también para despolitizar los posibles conflictos económicos entre los propios países en desarrollo.

Los flujos de inversión sur-sur han aumentado significativamente en las últimas dos décadas. Aunque los patrones comerciales entre los países en desarrollo han tendido a ser moldeados por las multinacionales “locales” emergentes, durante este período las pequeñas y medianas empresas también han impulsado la integración regional. A menudo es más fácil para las empresas de los países en desarrollo hacer negocios en mercados geográficamente adyacentes, donde se encuentran en medio de prácticas comerciales y condiciones de mer-

²³ Solo en el caso de EEUU, entre 1805 y 1965, el gobierno estadounidense ordenó a sus tropas intervenir militarmente en países extranjeros 88 veces para proteger intereses privados de sus ciudadanos o empresas (representando un 48% del total de las intervenciones militares totales durante ese período).

Miller S. & Hicks P. (2015). Potencias Europeas también tuvieron un patrón de conducta similar. Este punto está elaborado más a fondo en Cable, J. (1981), *Gunboat Diplomacy 1919-1979: Political Applications of Limited Naval Force* (London: Macmillan)

cado más familiares y similares. No obstante, en el mundo en desarrollo es frecuente que las agendas políticas bilaterales de países vecinos estén colmadas de temas políticos extremadamente delicados. Disputas fronterizas territoriales, la inmigración, el contrabando y otros tipos de actividades irregulares que tienen lugar en las fronteras, son solo algunos de los temas espinosos que típicamente comprenden las agendas bilaterales. En estos escenarios, es fácil prever que cualquier disputa que surja entre el Estado receptor y un inversionista de un país vecino se politice fácilmente. Por lo tanto, el papel de los AII como instrumento para despolitizar las disputas sobre inversiones también se vuelve crítico en el contexto de la promoción de un entorno estable para fomentar la integración regional sur-sur.

Las Funciones de los AII en el Frente Doméstico

Además de los efectos de señalización y despolitización que los AII podrían tener en el frente externo, desde la década de 1990 los gobiernos reformistas en muchos países en desarrollo también visualizaron estos acuerdos como instrumentos para lograr algunos objetivos importantes a nivel nacional. En particular, había dos objetivos que serían críticos para el éxito de la estrategia de desarrollo orientada hacia el exterior que comenzaría a implementarse en esa coyuntura. Uno de esos objetivos sería intentar garantizar la continuidad a largo plazo en la implementación de las nuevas políticas aperturistas. El segundo objetivo sería contribuir a modernizar la administración pública y hacerla más eficiente, transparente, responsable y respetuosa de los derechos de los ciudadanos.

Prevención de volatilidad en políticas económicas

Una de las características que durante mucho tiempo ha caracterizado a la mayoría de las economías en desarrollo es su volatilidad política y económica. Hasta la década de 1980, los golpes de Estado organizados por varias facciones militares eran típicos en muchas naciones latinoamericanas, asiáticas y africanas. Describir en detalle las causas de esta volatilidad económica y política iría más allá del alcance de este ensayo. El punto relevante por destacar aquí es que muchos países en desarrollo han sido tradicionalmente vulnerables a la influencia de poderosos grupos de interés económico y/o político a nivel doméstico.

En el mundo en desarrollo, la fortaleza de las instituciones legales y políticas ha tendido a variar significativamente de un país a otro. En los países con instituciones débiles, la coherencia y la consistencia de las

políticas durante un período prolongado de tiempo han sido tradicionalmente superadas por los cambios de política a corto plazo que imponen los grupos de intereses creados que capturan temporalmente la acción del gobierno hasta que el otro grupo de poder repita el ciclo. Es evidente que la implementación errática e inconsistente de la política económica es una forma segura de perpetuar el subdesarrollo.

El cambio en la estrategia de desarrollo económico emprendida en los años ochenta y noventa en muchos países en desarrollo y economías en transición fue radical. Tal transformación solo fue posible porque el impacto de la crisis económica fue lo suficientemente duro como para brindar a los nuevos gobiernos elegidos democráticamente el margen político que se requería para tomar las medidas necesarias para estabilizar sus economías nacionales. No obstante, eso significa que todas las fuerzas políticas tenían opiniones homogéneas con respecto a la política económica. Incluso dentro de un mismo partido político, había fracciones que promovían la reforma y otras facciones que se oponían a ella. El cambio de política no solo implicó una mentalidad y una visión de desarrollo diferente, sino también un cambio generacional. El humor popular solía caracterizar este choque de perspectivas como la lucha entre los “reformistas” y los “dinosaurios”, estos últimos resistiéndose a aceptar el fin de una era caracterizada por el Estado empresario.

En este contexto, no debería sorprender por qué las elites gobernantes sospechaban que aquellos grupos que solían beneficiarse del antiguo modelo de sustitución de importaciones orientado hacia adentro y con una alta injerencia del Estado en la economía, tarde o temprano intentarían revertir el proceso de reforma. Por eso, los grupos reformistas optaron por utilizar varios instrumentos internacionales para consolidar las transformaciones políticas y económicas emprendidas a nivel doméstico durante el período.

El uso de tratados económicos internacionales, incluidos los AII, para consolidar los procesos de reformas orientadas hacia economías de mercado emprendidas por muchos países en desarrollo y economías en transición durante los años ochenta y noventa, es una tendencia ampliamente reconocida por la literatura.²⁴ No obstante, la experiencia muestra que el uso de instrumentos legales internacionales para consolidar procesos de reforma económica interna tiene sus limitaciones. En efecto, desde una perspectiva política, podría pensarse que las buenas políticas públicas deberían generar su propia masa crítica de apoyo de la sociedad, que debería

²⁴ Por ejemplo, ver Schneiderman, D. (2007) *Constitutionalizing Economic Globalization*, (Cambridge:Cambridge University Press)

respaldarlas como consecuencia de los beneficios derivados de su correcta implementación.²⁵ Sin embargo, el anclar procesos de reformas económicas por medio de tratados internacionales contribuyen a una mayor estabilidad pues tienen el efecto de incrementar el costo de oportunidad de la volatilidad en la política pública.

Por ejemplo, hoy sería simplemente impensable esperar que los países de Europa del Este que se adhirieron a la Unión Europea regresen a su antiguo modelo económico de economía totalmente planificada. Algo similar podría decirse de México y su integración con la economía de los Estados Unidos institucionalizada por el TLCAN. También en América Latina, las experiencias de Chile, Colombia, Perú y la mayoría de los países centroamericanos, son algunos ejemplos en los que la nueva estrategia de desarrollo tendió a dar resultados positivos, sin embargo, el caso de los países miembros de la “Alianza Bolivariana de las Américas” (ALBA), es decir, Venezuela, Bolivia y Ecuador, son ejemplos en los que se han producido fuertes reversas de políticas y en los que los gobiernos han intentado deshacerse de las obligaciones impuestas por los AIIs, hasta ahora, con éxito limitado.

Presión para la Modernización del Sistema Legal Administrativo Doméstico

Al igual que los programas de ajuste estructural obligaron al sector privado a aprender a competir en un entorno doméstico abierto y competitivo, en muchos países las elites gobernantes también estaban convencidas de que el nuevo modelo económico la administración pública también tendría que ser más eficiente, transparente, responsable y respetuosa de los derechos de las personas. Hoy es fácil olvidar que, durante muchas décadas, la administración pública en muchos países en desarrollo y economías en transición fue solo parte de una maquinaria burocrática de regímenes totalitarios, ya sea bajo una dictadura militar de derecha o bajo un sistema de gobierno comunista.

A pesar de sus enormes diferencias, los regímenes totalitarios de derecha o de izquierda tenían algo en común: valores como la eficiencia, la transparencia y la rendición de cuentas a los ciudadanos eran ideas extrañas para una administración pública acostumbrada a ejercer con total impunidad, un poder prácticamente ilimitado sobre las personas. En estos regímenes, los ciudadanos no tenían otra opción más que aceptar es-

toicamente los dictámenes del gobierno, sin importar cuán arbitrarios éstos fueran. Sin embargo, durante los años ochenta y noventa, tanto los ciudadanos –que ya no tolerarían a gobiernos autoritarios– como la mayoría de los inversionistas extranjeros –que estaban acostumbrados a disfrutar de las garantías individuales respetadas en sus países de origen– esperaban un patrón de comportamiento administrativo diferente. De hecho, en las economías modernas de mercado, a pesar de tener un primordial papel a nivel regulatorio, el Estado se concibe como un ente al servicio a la ciudadanía, y no al revés.

Así como en el plano internacional, las elites gobernantes de muchos países en desarrollo entendieron la importancia de promover el estado de derecho para gobernar las relaciones entre Estados, en el plano nacional también reconocieron la necesidad de desarrollar instituciones firmes que respeten la ley para hacer que la nueva estrategia de desarrollo liberal y orientada al mercado tuviera éxito. El papel de las instituciones en el fomento del desarrollo en las sociedades modernas ha sido ampliamente reconocido por la literatura, sin embargo, como lo demuestra la experiencia, cambiar la cultura de la administración pública de una mentalidad autoritaria a una liberal ha sido uno de los desafíos más difíciles para los países en desarrollo y las economías en transición. De hecho, se podría argumentar que, hasta hoy, tal esfuerzo sigue siendo una tarea inconclusa en muchos países.

En este contexto, vale plantearse la pregunta de cómo los AIIs pueden contribuir a fortalecer el estado de derecho y modernizar la administración pública en los países en desarrollo. Los AIIs son instrumentales de tres maneras diferentes.

Primero, en muchos países en desarrollo, los acuerdos internacionales no solo tienen una jerarquía igual o superior a las leyes nacionales, sino que también tienen efecto directo, permitiendo a cualquier persona física o jurídica invocar directamente las garantías de tratados internacionales en cualquier tribunal doméstico. El principio de igualdad entre nacionales y extranjeros, que está incorporado en muchos órdenes constitucionales, impide la discriminación contra los extranjeros, pero también contra los nacionales. Es así que en algunos países los ciudadanos han invocado los AIIs junto con el derecho constitucional de no discriminación entre nacionales y extranjeros para hacer que los tribuna-

²⁵ Sin embargo, como lo demuestra la situación actual en algunos países latinoamericanos, el problema es que el liberalismo político y económico no son suficientes per se para generar un desarrollo sostenible en muchos países que durante siglos han tenido estructuras sociales cuasi feudales. También se requieren políticas efectivas que conduzcan a una mayor inversión social y el alivio de la pobreza. Cuando los gobiernos no brindan estos servicios, es fácil para las sociedades ser presa de líderes populistas autoritarios que prometen a las masas lo que quieren escuchar.

les nacionales hagan cumplir los derechos y garantías pueden proteger a los nacionales frente a acciones arbitrarias de la administración.²⁶

En segundo lugar, uno de los efectos de los mecanismos de solución de controversias entre inversionistas y Estados incluidos en los AII, es garantizar el efectivo cumplimiento de sus normas y disciplinas sustantivas. Dado que dichas normas y disciplinas tienen a reflejar los principios incorporados en la legislación nacional, los AII de hecho generan, a nivel externo, presión sobre el cumplimiento de patrones de comportamiento administrativo exigidos por las mismas leyes nacionales. No importa cuán moderna sea una legislación nacional, su valor será muy limitado si no se traduce en un cambio en los patrones de comportamiento de la administración en la práctica. En este sentido, los AII generan una presión que indirectamente beneficia a los ciudadanos y residentes nacionales, ya que, al menos en teoría, el país anfitrión desarrolla gradualmente mejores prácticas administrativas para cumplir con las obligaciones internacionales.

En tercer lugar, otra forma a través de la cual los AII pueden contribuir a hacer que la administración pública en los países en desarrollo sea más transparente y responsable es mediante la inclusión de obligaciones específicas al respecto. Algunos AII incluyen compromisos explícitos y específicos que fomentan la transparencia y el debido proceso legal de la administración pública en el país anfitrión, no solo exclusivamente con respecto a los inversionistas extranjeros, sino con respecto a todos los residentes en general.²⁷ De hecho, uno de los últimos desarrollos en la elaboración de normas de inversión

durante la última década es una tendencia hacia una inclusión más frecuente en los AII de obligaciones explícitas relacionadas con el acceso a los procedimientos administrativos, incluido el derecho a una revisión imparcial y la apelación de las decisiones administrativas.²⁸

Los tres mecanismos descritos anteriormente revelan una característica importante de los AII: la naturaleza regulatoria “bi-dimensional” del derecho económico internacional. De hecho, con la legalización de las relaciones internacionales de inversión, está surgiendo un sistema de gobierno internacional orientado por reglas jurídicas. Dicho marco legal regula no solo las relaciones horizontales entre los Estados, sino también las relaciones verticales entre las autoridades de los Estados y las personas. Esta es una evolución importante. El derecho internacional público tradicional solía ocuparse exclusivamente de las relaciones horizontales entre los Estados, intentando coordinar la soberanía y la jurisdicción territorial, en lugar de regular las relaciones verticales entre las autoridades y los individuos. Como señaló Cottier:

“...El advenimiento de la protección de los derechos humanos, pero también la protección del acceso a los mercados, la no discriminación y la inversión en el derecho económico internacional, han introducido elementos de relaciones verticales en la medida en que los estados, en sus relaciones horizontales, han abordado cada vez más las cuestiones relativas a las relaciones verticales de los Estados e individuos extranjeros, tanto humanos como corporaciones.”²⁹

Los AII tienen dos dimensiones jurídicas. Primero, como resultado de las normas y disciplinas asumi-

²⁶ Este es el caso de Costa Rica, donde el sistema constitucional ha incorporado activamente el derecho internacional dentro del ordenamiento jurídico interno. Ver, Echandi, R. (1997) “The Uruguay Round Agreements: Constitutional and Legal Aspects of their Implementation in Costa Rica”, in Jackson J.H. & Sykes A. (Eds) (1997) *Implementing the Uruguay Round* (Oxford: Oxford University Press)

²⁷ Un claro ejemplo de esta tendencia es el artículo 19 del Modelo canadiense de TBI de 2004 (Acuerdos Canadienses de Promoción y Protección de la Inversión Extranjera, en: Acuerdo entre Canadá y [...] para la Promoción y Protección de Inversiones, <http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf> (consultado por última vez el 29 de octubre de 2015), que estipula:

“1. Cada Parte, en la medida de lo posible, garantizará que sus leyes, reglamentos, procedimientos y resoluciones administrativas de aplicación general con respecto a cualquier asunto cubierto por este Acuerdo se publiquen con prontitud o se pongan a disposición de manera tal que permita a las personas interesadas y a la otra Parte familiarizarse con ellos.

2. En la medida de lo posible, cada Parte deberá: (a) publicar por adelantado cualquier medida de este tipo que se proponga adoptar; y (b) brindará a las personas interesadas y a la otra Parte una oportunidad razonable para comentar sobre las medidas propuestas.

3. A solicitud de una Parte, se intercambiará información sobre las medidas de la otra Parte que puedan tener un impacto en las inversiones cubiertas “.

(énfasis agregado).

²⁸ Por ejemplo, el Artículo 18.5 del DR-CAFTA (Acuerdo de Libre Comercio entre la República Dominicana, América Central y Estados Unidos, Estados Unidos, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, 28 de mayo de 2004) establece:

“1. Cada Parte establecerá o mantendrá tribunales o procedimientos judiciales, cuasi-judiciales, o de naturaleza administrativa para efectos de la pronta revisión y, cuando se justifique, la corrección de las acciones administrativas definitivas relacionadas con los asuntos comprendidos en este Tratado. Estos tribunales serán imparciales y no estarán vinculados con la dependencia ni con la autoridad encargada de la aplicación administrativa de la ley, y no tendrán interés sustancial en el resultado del asunto.

2. Cada Parte se asegurará que, ante dichos tribunales o en esos procedimientos, las partes tengan derecho a:

(a) una oportunidad razonable para apoyar o defender sus respectivas posturas; y

(b) una resolución fundada en las pruebas y argumentaciones o, en casos donde lo requiera la legislación interna, en el expediente compilado por la autoridad administrativa.

3. Cada Parte se asegurará de que, con apego a los medios de impugnación o revisión ulterior a que se pudiese acudir de conformidad con su legislación interna, dichas resoluciones sean implementadas por las dependencias o autoridades y rijan la práctica de estas en lo referente a la acción administrativa en cuestión.”

das entre los Estados, cada Parte Contratante espera un cierto patrón de comportamiento de las otras Partes en su relación horizontal. En segundo lugar, los AIIs también obligan a los Estados a respetar ciertos patrones de comportamiento con respecto a las personas físicas y jurídicas. Es en esta segunda dimensión, donde los AIIs adquieren su mayor relevancia como instrumentos que generan presión para la modernización de la administración pública. Es en esta dimensión vertical donde los AIIs están contribuyendo a la generación de lo que algunos académicos han llamado el surgimiento de un Derecho Administrativo Global.³⁰

LOS AIIS NO GENERAN INVERSIONES NI DESARROLLO

Según algunos críticos del derecho internacional de la inversión, dado que los AIIs debían generar automáticamente inversiones y desarrollo y en su opinión, ninguno de estos resultados ha tenido lugar, los AIIs no tienen por qué existir y, por lo tanto, deberían ser desmantelados. El problema con este argumento es que es simplista, engañoso y objetivamente inexacto.

El argumento es simplista y engañoso porque presupone que solo con la firma de un acuerdo internacional que ofrezca cláusulas de protección a la inversión, independientemente de si en realidad dichos acuerdos reflejaron la conducta regulatoria en la práctica de los Estados signatarios, se incrementarán los flujos de inversión internacional hacia los países signatarios y, como resultado, el desarrollo automáticamente sucederá en consecuencia. Sería genial si tal suposición fuera cierta. ¡Todo lo que los países en desarrollo tendrían que hacer para desarrollarse sería firmar un tratado!

Como claramente tal posición no sería seria, asumamos que el argumento es más sofisticado. Supongamos que lo que realmente se quiere decir es que no hay evidencia que muestre al menos algún vínculo causal entre una mejora en el nivel de confianza de los inversionistas que se supone que generan los AIIs y los flujos reales de inversión en los países receptores. En este sentido, las encuestas recientes realizadas por el Banco Mundial muestran una tendencia muy reveladora.

Las encuestas muestran que entre los factores más importantes para aumentar la inversión en muchos países en desarrollo está la percepción de los inversionistas sobre el riesgo político, en particular los riesgos deriva-

dos de la conducta soberana de los gobiernos. Particularmente, como se muestra en la Fig. 2, los datos muestran que, en los países en desarrollo, uno de cada cuatro inversionistas se ha abstenido de expandir sus inversiones o incluso ha retirado su inversión debido a una conducta del gobierno relacionada con: incumplimiento de contratos, expropiaciones, problemas con transferencia de pagos o cambios regulatorios arbitrarios.³¹ Por lo tanto, parece haber evidencia clara entre cierta conducta del gobierno y la falta de retención de inversiones en los países en desarrollo y las economías en transición.

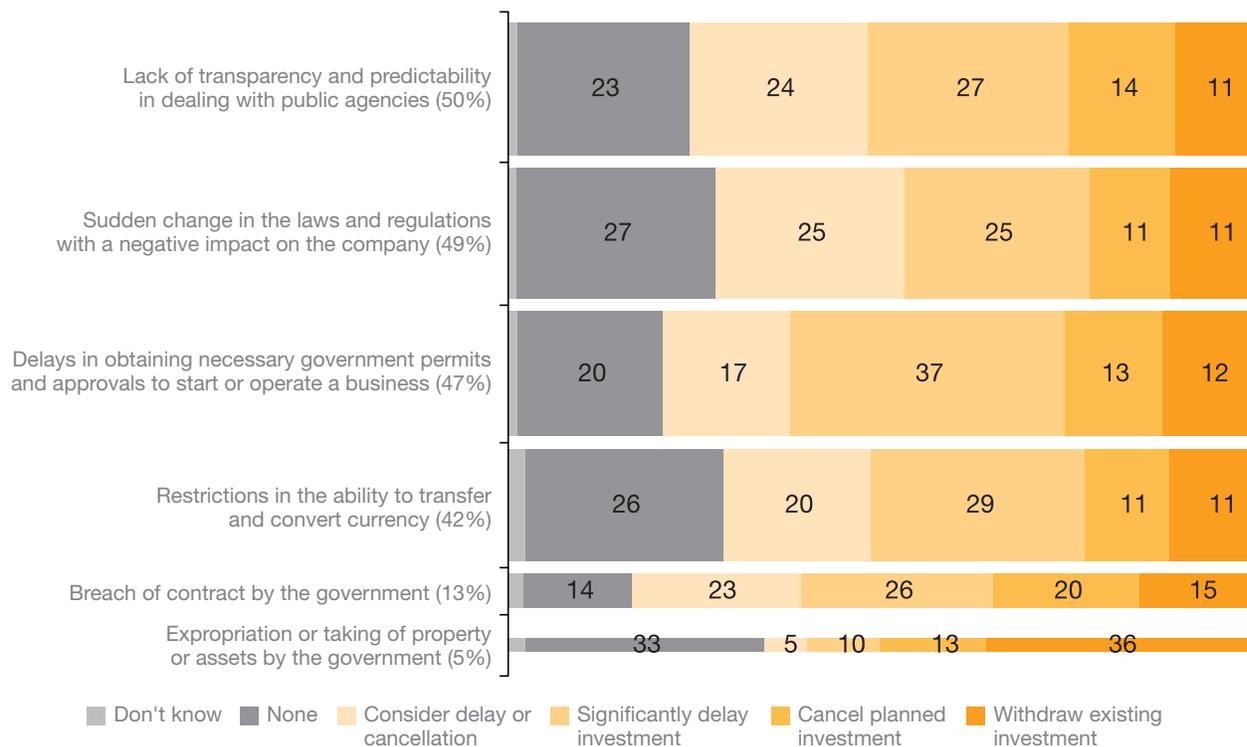
Sin cuestionar la innegable necesidad de que los Estados tengan amplia discreción para regular en aras del bien público, estas tendencias sugieren que muchos gobiernos aún tienen un largo camino por recorrer para ejercer sus facultades regulatorias de acuerdo con los principios de transparencia, previsibilidad y debido proceso legal. Las encuestas mencionadas anteriormente evidencian que las garantías de protección de la inversión otorgadas por los AIIs, en particular la posibilidad de obtener una reparación efectiva si dichos tratados no se respetan, funcionan como herramientas para mitigar riesgos regulatorios para los inversionistas. Desde este punto de vista, los AIIs pueden contribuir a aumentar la confianza de los inversionistas para realizar inversiones en entornos que éstos perciben como riesgosos, en particular en países donde no pueden predecir fácilmente la conducta del gobierno. De hecho, esta es exactamente la función que los países exportadores de capital asignaron a los BITs cuando comenzaron a promocionarlos en los años sesenta. Durante ese período, el nacionalismo económico estaba en boga. Los países en desarrollo afirmaban su soberanía sobre sus recursos naturales y las nacionalizaciones eran frecuentes en muchos países. Los gobiernos promovieron los BITs, junto con pólizas de seguro contra riesgo político, precisamente para proteger a sus inversionistas contra este tipo de riesgos.³²

Retomando el tema del impacto de los AIIs en la atracción de los flujos de inversión, la literatura ha sido prolífica. Sauvart y Sachs (2009) compilaron una lista de estudios que investigaron la efectividad de los AIIs para atraer inversiones y encontraron conclusiones muy diferentes. No obstante, una tendencia parece evidente. Si bien la evidencia es mixta en el caso de los tratados bilaterales de inversión, la evidencia sugiere claramente un impacto en la inversión y los flujos comerciales en el caso de los Tratados de Libre Comercio (TLCs) con

²⁹ Traducción libre. Cottier, Thomas and Ehandi, Roberto and Leal-Arcas, Rafael and Liechti-McKee, Rachel G. and Payosova, Tetyana and Sieber-Gasser, Charlotte (2012), *The Principle of Proportionality in International Law* (December 1, 2012). NCCR Trade Regulation Working Paper No 2012/38. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2598410>

³⁰ Véase, por ejemplo, Kingsbury B, Schill, SW (2009) *Investor-State as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emergence of a Global Administrative Law*, New York University School of Law and Legal Theory Research Paper Series, Working Paper No. 09-46, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1466980

FIGURA 2 : RETIRO DE INVERSIONES EXISTENTES O CANCELACIÓN DE INVERSIONES PLANIFICADAS DEBIDO A RIESGOS POLÍTICOS



Fuente: Global Investment Competitiveness Report, Banco Mundial 2017-19

disposiciones de inversión. De hecho, el impacto de los TLCs sobre la inversión y el comercio se está volviendo tan reconocido que, ahora, en el contexto de la negociación de los llamados “acuerdos mega regionales” como el Acuerdo de Asociación Transpacífico (AAT) o el Acuerdo de Asociación de Comercio e Inversión Transatlántica (AACIT) entre la UE y los Estados Unidos, la preocupación es cuál será el impacto de esos tratados para los países que no participan en las negociaciones en términos de desviación de la inversión.

Volviendo a la discusión sobre el impacto de los AIIs en los flujos de inversión, hay muchos tipos de acuerdos y muchas variables que determinan los flujos de IED. Estas diferencias, así como disponibilidad de datos concretos son algunos de los desafíos que muchos estudios han enfrentado. Un creciente número de estudios sugiere que los AIIs pueden ser mecanismos importantes para atraer inversionistas en ciertos contextos.

La tabla 1 que se presenta resume esta literatura, sin

embargo, es importante subrayar que estos estudios deben leerse con cautela y en su debido contexto. Muchos de estos estudios econométricos se basan en supuestos teóricos que no siempre se dan en la práctica. Por otro lado, no se debe presuponer que todos los AIIs son iguales; de hecho, los BITs y los TLCs con disposiciones de inversión no son los mismos a pesar de que ambas categorías incluyen cláusulas de protección de inversiones. Además, no se puede asumir que la inversión sea un fenómeno homogéneo y, como tal, que sus determinantes y los efectos socioeconómicos en el desarrollo también son los mismos. Hay varios tipos de IED, cada una con diferentes factores e impactos económicos, sociales y ambientales. Por lo tanto, el efecto de los AIIs sobre las decisiones de inversionistas respecto a la localización de sus inversiones no debe generalizarse. Por ejemplo, la inversión en minería no plantea los mismos desafíos económicos, sociales y ambientales que otros tipos de inversiones pueden plantear, tales como inversiones en

³¹ Ver: Global Investment Competitiveness Report, 2017-18, Banco Mundial, <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/28493>, Informes Mundiales de Riesgo Político e Inversión 2013-2009, Agencia Multilateral de Inversiones (MIGA) Grupo del Banco Mundial, <http://www.miga.org/resources/index.cfm?stid1/>.

³² Para más información sobre los orígenes históricos de los BITs, véase, entre otros: Alvarez J. (2011) International Law Regime Governing International Investment, The Hague: Hague Academy of International Law.; Vandevelde K. (2010), Bilateral Investment Treaties, History, Policy, and Interpretation, Oxford: Oxford University Press.

TABLA 1 : EFECTOS DE LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN BILATERALES Y ACUERDOS COMERCIALES PREFERENCIALES SOBRE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA Y OTRAS VARIABLES

País	Estudio	Tipo de Acuerdo de Inversión Estudiado	Efecto
Entre países	Berger y otros (2013)	Ratificación de acuerdos bilaterales de inversión y acuerdos comerciales preferenciales con todos los países de origen (83 países receptores en desarrollo y 28 países de origen)	A corto plazo, un país anfitrión podría aumentar su participación en los flujos de IED en un 17% a través de BITs y en un 23% a través de TLCs. El efecto a largo plazo aumenta al 37% para los acuerdos bilaterales y al 50% para los acuerdos comerciales preferenciales. El impacto a largo plazo del cambio de acuerdos comerciales preferenciales sin disposiciones de trato nacional a acuerdos con ellas (con todos los países de origen) es de aproximadamente el 29%.
Entre países	Busse et al. (2010)	Ratificación de acuerdos bilaterales de inversión (83 países receptores en desarrollo y 28 países de origen)	Un aumento de casi el 25% en la participación del país receptor en los flujos de IED de todos los países de origen. El efecto a largo plazo es de alrededor del 31%.
Entre países	Buthe y Milner (2014)	Ratificación de un acuerdo comercial preferencial; pasar de un acuerdo comercial preferencial sin una cláusula de inversión a uno con una cláusula de inversión estricta; pasar de un acuerdo sin ningún mecanismo de solución de controversias a uno con dicho mecanismo (122 economías en desarrollo y en transición)	Aumenta la IED en un equivalente del 0.274% del PIB. Sin efecto para acuerdos comerciales preferenciales firmados; aumenta la IED en un equivalente del 0,316% del PIB; aumenta la IED en un equivalente de 0.252% del PIB, respectivamente. Todos los resultados reportados en un periodo de 5 años.
Entre países	Colen, Persyn y Guariso (2014) ³³	Ratificación de acuerdos bilaterales de inversión (13 países en la antigua Unión Soviética y Europa Central y Oriental)	Aumenta el stock de IED en 1–2%. Las inversiones son más altas para los servicios públicos, los bienes raíces y, en menor medida, la banca y la minería. No se encontraron efectos para la manufactura y servicios.
Entre países	Egger y Merlo (2012)	Ratificación de un acuerdo bilateral de inversión (Alemania y 86 países receptores)	Un aumento del 12,6% en el número de afiliados, un aumento del 45% en los flujos de IED, un aumento del 25% en el empleo y un aumento del 49% en los activos. La IED generada al firmar y ratificar un acuerdo bilateral promedia aproximadamente 5 millones de euros por empresa y 130 millones de euros por país receptor.
Entre países	Haftel (2010)	Ratificación de un acuerdo bilateral de inversión relativo a su firma (Estados Unidos y 120 países receptores)	La IED al país receptor aumenta de 0.07 a 0.24% del PIB. No hay efectos para acuerdos bilaterales firmados.
Entre países	Leshner y Miroudot (2006) ³⁴	Ratificación de un acuerdo comercial preferencial con disposiciones de inversión sustantivas (177 países)	Se asocia con un aumento del 57,1% en los flujos de IED y un aumento del 20,8% en las exportaciones.
Entre países	Paniagua y Myburgh (próximamente) ³⁵	Ratificación de la convención internacional de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros.	Aumenta los flujos de IED "green-field" (nuevas inversiones productivas desde cero) del país receptor en un promedio del 40%.
Entre países	Yackee (2009)	Firma de acuerdos bilaterales de inversión entre los principales 18 países de origen de IED y el resto del mundo	No hubo efecto en los flujos de IED.

Fuente: Echandi, Kracovicova & Qiang, (2015)

³³ Colen L, Persyn D, Guariso A (2014) ¿Qué tipo de IED es atraída por los Tratados Bilaterales?, Documento de debate 346/2014. LICOS Centro para Instituciones y Desempeño Económico. Lovain, Bélgica

³⁴ Leshner M, Miroudot S (2006) Análisis del Impacto Económico de las Disposiciones de Inversión en los Acuerdos Comerciales Regionales, Documentos de Política Comercial de la OCDE 36, publicación de la OCDE.

³⁵ Paniagua J, Myburgh A (de próxima publicación) ¿Promueve el Arbitraje Comercial Internacional la Inversión Extranjera Directa?, Universidad Católica de Valencia, Facultad de Economía y Negocios, España y Grupo del Banco Mundial, Washington, DC.

plantas de manufactura, hoteles o centros de llamadas. Con tal diversificación de los tipos de IED, también es demasiado simplista esperar que los AIIs tengan un impacto homogéneo a la hora de influir las decisiones inversionistas que invierten en diferentes sectores, en diferentes regiones y países con diferentes dimensiones económicas, diversas dotaciones de recursos naturales y niveles de competitividad.

De nuevo, es imperativo insistir en que el análisis del posible impacto de los AIIs y el desarrollo debe ser hecho caso por caso y en su debido contexto. No es realista esperar que solo con la firma de un tipo particular de acuerdo, los países reciban todo tipo de IED y que dicha inversión implique automáticamente el desarrollo económico de los países receptores. La pregunta de por qué algunos países son ricos y otros pobres es una pregunta que se ha intentado responder en muchos períodos históricos diferentes por numerosos académicos, políticos, científicos sociales y economistas. Sin embargo, claramente ninguno ha argumentado que tal empeño pueda resolverse automáticamente con solo negociar un acuerdo de inversión.

Hoy nos enfrentamos a una paradoja muy interesante. Por un lado, según las estadísticas del Banco Mundial, la cantidad de personas en el mundo que viven en la pobreza extrema, es decir, con menos de \$ 1.25 por día, ha disminuido drásticamente en las últimas tres décadas. Mientras que, en 1981, en promedio, la mitad de los ciudadanos del mundo en desarrollo solían vivir en la pobreza extrema, en 2010 esa cifra había disminuido al 21%, a pesar de un aumento del 59% en la población del mundo en desarrollo. Es precisamente por medio de los crecientes flujos de comercio e inversión que se han logrado estos resultados. El rescate de cientos de millones de personas de la pobreza en países como China, India y la mayor parte del mundo en desarrollo no es el resultado de la falta de inversión, sino todo lo contrario. Este hecho muestra que es más inversión lo que se necesita, no menos.

Por otro lado, la brecha entre los países más ricos y pobres del mundo está aumentando. De hecho, en 1776, cuando Adam Smith escribió "La Riqueza de las Naciones", el país más rico del mundo era aproximadamente cuatro veces más rico que el país más pobre. El país más rico del mundo ahora es más de 200 veces más rico que el país más pobre. ¿Qué los separa? El conocimiento, la diversificación y la composición de las exportaciones son parte de la respuesta. Precisamente todas éstas, son áreas en las que la IED tiene un papel importante que desempeñar.

La historia muestra que al final del día, los países crecen porque producen nuevos y mejores bienes y servicios o encuentran mejores formas de producirlos y retienen más del valor agregado de sus exportaciones. A lo largo de este proceso, la clave es cómo conectar la economía nacional con la externa. La inversión extranjera es un vehículo necesario e importante para promover esta conexión— aunque no es suficiente. Trasladar la fuerza laboral de un país de empleos de menor valor agregado hacia sectores de mayor valor agregado depende de fomentar un rango más amplio de oportunidades para la actividad económica privada y de la capacidad de las empresas locales para integrarse en las cadenas de valor de producción global. La inversión extranjera es el camino hacia esas cadenas de valor globales, dándole a los países en desarrollo la oportunidad de participar y beneficiarse de la economía mundial. Los inversionistas extranjeros pueden crear empleos, aportar capital y nuevas tecnologías y crear difusión de los conocimientos, pero estos beneficios no son automáticos. Algunos países atraen grandes cantidades de inversión extranjera y nunca ascienden en la cadena de valor. Para maximizar los impactos en el desarrollo de la inversión extranjera, se necesita un marco de política de inversión adecuado.

Al definir una visión moderna de inversión para el desarrollo en la era de la globalización, hay tres propuestas fundamentales que los responsables de las políticas deberían tener en cuenta. Primero, la política de inversión y desarrollo no consiste en elegir privilegiar la inversión extranjera sobre la doméstica o viceversa. Se trata de conectar a ambas.

En segundo lugar, las inversiones son más que simples transacciones, implican relaciones de múltiples etapas entre diferentes partes interesadas. Por ejemplo, en el caso de la IED, hay varios tipos de actores involucrados, a saber, inversionistas extranjeros, gobiernos e inversionistas nacionales y la sociedad civil. Dichas relaciones tienen múltiples dimensiones, pero una forma de visualizarlas es seguir un enfoque secuencial, mediante el cual, en el caso de la IED, el objetivo principal de maximizar sus beneficios potenciales conlleva etapas previas, que cubren la etapa en que los inversionistas extranjeros se sienten atraídos a invertir en el país anfitrión, la etapa en que dicha inversión se materializa y se establece, luego la etapa en que la inversión comienza a gestionarse, operarse y, una vez retenida, comienza a expandirse, lo que lleva a encadenamientos y, por lo tanto, "arraiga" la IED con la economía doméstica.

Tercero y lo más importante, es reconocer que las inversiones y, en particular la IED, no son fenómenos

homogéneos. Diferentes tipos de inversión tienen diferentes efectos en el desarrollo socioeconómico y, por lo tanto, requieren políticas diferentes. Sobre la base de las motivaciones de los inversionistas para ubicar sus inversiones, una tipología de IED utilizada frecuentemente se basa en la distinción de John Dunning entre la IED que busca recursos naturales, mercados, eficiencia y activos estratégicos.³⁶

Si bien la cantidad y la calidad de los recursos naturales explican por qué algunos países atraen más IED de búsqueda de recursos naturales que otros, independientemente de si tienen un AII o no, el tamaño y la tasa de crecimiento del mercado interno es el factor determinante clave para la IED enfocada en la búsqueda de mercados. De hecho, las economías de mercado con grandes mercados internos como Estados Unidos, la Unión Europea, Japón e incluso países en desarrollo como Brasil tienden a atraer cantidades significativas de IED en busca de mercados. Este hecho explica por qué hasta hace menos de una década, la mayoría de los flujos de IED solían tener lugar entre los países desarrollados. Afortunadamente esto ha cambiado. Más de la mitad de la IED en el mundo actual fluye hacia países en desarrollo y economías en transición.

Dado que el principal factor de la IED en busca de mercados es tener acceso a mercados nacionales más grandes para suministrar más bienes y servicios, el papel de los AIIs varía mucho según el tamaño del mercado interno del país receptor y la posibilidad hacer negocios allí. Esto puede explicar por qué Brasil está atrayendo entradas importantes de IED sin AIIs y, sin embargo, países como China, un líder clave en la negociación de BITs, se ha convertido en el principal receptor y exportador de IED en el mundo en desarrollo. En el caso de China, a principios de la década de 1990, la necesidad de un régimen comunista para asegurar a los inversionistas extranjeros que la propiedad privada iba a ser protegida a pesar de no ser una economía de mercado explica definitivamente el papel clave de señalización que desempeñaron los BITs. ¿Quién podría argumentar que en el caso de China tal mensaje no tuvo un efecto en atraer IED? Sin embargo, y más importante, es el hecho de que, a diferencia de Brasil, donde la IED en busca de eficiencia ha sido muy limitada, en China se ha convertido en el principal tipo de IED que ha permitido a este país insertarse exitosamente en la economía global.

La IED que busca eficiencia es, probablemente, entre todas, el tipo de inversión que tiene un mayor potencial para transformar las exportaciones de los productos

básicos a productos y servicios de mayor valor agregado. Por definición, la IED que busca la eficiencia está orientada a la exportación y, en consecuencia, requiere certeza a largo plazo sobre la posibilidad de exportar a mercados de exportación de interés del inversionista-exportador. En un mundo donde la producción internacional ha devenido común, los TLCs son, de hecho, acuerdos de inversión, en el sentido de que intentan influir en las decisiones de los inversionistas para ubicar la IED que busca eficiencia en países que les permiten competir y tener acceso a los mercados internacionales. Esta realidad explica la creciente proliferación de TLCs que contienen disposiciones de inversión, mientras que la tasa de aumento en las negociaciones de BITs ha disminuido.

Por último, pero no menos importante, la tipología de Dunning también se refiere a la IED que busca activos estratégicos, que es el tipo de IED que está motivada por el interés de los inversionistas en adquirir activos estratégicos en firmas específicas. La relevancia de este tipo de inversión para la discusión sobre los AIIs es que, en el siglo XXI, los países en desarrollo ya no son solo receptores de IED, sino que también generan salidas de IED. La UNCTAD ha estimado que, en los últimos 5 años, al menos el 39% de toda la IED que se dirige hacia los mercados internacionales es generada por los países en desarrollo y las economías en transición. Este fenómeno se ilustra en el caso de la adquisición por parte del conglomerado indio TATA de las firmas británicas Land Rover y Jaguar. En esa operación, la adquisición de TATA involucró no solo a las empresas, sino a los activos estratégicos intangibles que son propiedad de esas empresas, como marcas, know-how, redes de distribución, capital humano, etc. El ejemplo de TATA es solo una de las muchas ilustraciones que se podrían citar hoy. De hecho, en áreas como la producción de cemento (CEMEX) y pan (Pan Bimbo), las empresas líderes en el mundo hoy en día son de México.

Estos tipos de inversiones externas también se están convirtiendo en un instrumento que les permite a los países en desarrollo insertarse a cadenas de valor internacionales y redes productivas. En un mundo donde los flujos de inversión Sur-Sur y Sur-Norte están creciendo, también estamos presenciando un aumento en el proteccionismo de la inversión en los países desarrollados. La resistencia política para permitir crecientes inversiones chinas en Europa o Estados Unidos, o que los puertos de Dubai adquirieran intereses en puertos de la costa Este de Estados Unidos es solo un ejemplo de una ten-

³⁶ Estas tres ideas clave son los pilares conceptuales principales para el nuevo marco de política de inversión diseñado por el equipo de promoción y política de inversión del Banco Mundial. Para obtener una explicación completa de dicho marco, visite el sitio de Política y Promoción de Inversión en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/666341500008847215/Maximizing-the-potential-benefits-of-foreign-direct-investment-FDI-for-competitiveness-and-development>

dencia que se ha comenzado a documentar.³⁷

Dentro de este contexto es justo preguntar, ¿Por qué la certeza y la previsibilidad que los inversionistas europeos buscaban con la promoción de los BITs en la década de 1960 y la previsibilidad con respecto a la protección y el derecho de establecimiento que Estados Unidos y Canadá intentaron promover a fines de la década de los ochentas y noventas no pueden ser valores que los inversionistas de los países en desarrollo busquen proteger a través de los AII en el siglo XXI? En otras palabras, ¿por qué los países en desarrollo no deberían buscar protección para sus inversiones en el extranjero?

En resumen, la evidencia demuestra dos puntos críticos. En primer lugar, no es racional esperar que solo con la firma de AII, el desarrollo ocurra automáticamente. Los AII son solo una parte de una combinación de políticas que debe diseñarse e implementarse teniendo en cuenta muchos factores. Lo que está claro es que, sin los AII, en particular los TLCs, la evidencia demuestra que sería extremadamente difícil, si no imposible, para los países atraer inversiones en busca de eficiencia, que es el principal vehículo para la diversificación de las exportaciones y un factor habilitador para que los países en desarrollo puedan unirse a las cadenas de valor global. En segundo lugar, no es cierto que la mayoría de los países en desarrollo no estén en el camino del desarrollo, por el contrario, los datos muestran que la pobreza ha disminuido precisamente debido al aumento de los flujos de comercio e inversión en estas economías. Estas tendencias evidencian que, más que nunca, es el interés de los países en desarrollo promover el respeto de las normas que fomentan la previsibilidad y la seguridad en los flujos de inversión.

LOS AII SON MALOS PARA EL DESARROLLO PORQUE EROSIONAN INNECESARIAMENTE LA SOBERANÍA DEL ESTADO Y LA DISCRECIÓN NECESARIA PARA QUE LOS GOBIERNOS PUEDAN EJECUTAR BUENAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Otra crítica contra el derecho internacional de la inversión es que las reglas y disciplinas incluidas en los AII limitan excesivamente las posibilidades de desarrollo. Lo anterior debido a que impiden que los gobiernos adopten e implementen las políticas necesarias para fomentar el crecimiento económico y la prosperidad compartida. Este argumento se basa en una serie de premisas falsas e incorrectas. Primero, supone, de una manera

política ingenua, que los gobiernos, tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo, tienen mecanismos internos adecuados para protegerse de poderosos grupos de interés. De acuerdo con esta línea de pensamiento, las políticas públicas de los gobiernos nacionales siempre tienden a promover el interés general de sus respectivas sociedades, y nunca son vulnerables al comportamiento político oportunista a corto plazo. Además, este argumento también presupone que, en el caso de los países en desarrollo, los sistemas legales nacionales son lo suficientemente adecuados para garantizar la responsabilidad óptima de los gobiernos con respecto a sus ciudadanos. En consecuencia, según este punto de vista, los AII perjudican a los países en desarrollo porque erosionan el “espacio de discreción” que las autoridades tendrían para perseguir el bien común de sus ciudadanos.

Aún suponiendo que los AII erosionaran la discreción para formular y ejecutar política pública, el argumento presupone un choque entre las obligaciones de los AII y los principios que los gobiernos anfitriones deberían tener cuando ejercen sus poderes regulatorios y su labor gubernamental. Tal razonamiento puede llevar a resultados absurdos. Para ilustrar este punto, ese argumento llevaría a la conclusión de que, para poder formular y ejecutar políticas modernas, los gobiernos deberían, entre otros: (i) poder cambiar por decreto las leyes nacionales, (ii) permitir la discriminación de jure o de facto por nacionalidad contra inversores extranjeros, (iii) ignorar los principios de proporcionalidad, debido proceso, transparencia, protección de expectativas legítimas y previsibilidad al momento de regular, (iv) los gobiernos también deberían tener discreción total de apropiarse de la propiedad privada sin que exista un interés público legítimo, sin tener en cuenta el debido proceso y sin una compensación de valor justo de mercado. Es evidente que luchar por la discrecionalidad para que los gobiernos tengan libertad de realizar cualquiera de estas conductas sería un despropósito hacia el régimen de derecho y un sistema democrático.

Claramente, como los propios gobiernos han declarado explícitamente en los textos de sus AII de nueva generación, nada en estos acuerdos impide a las autoridades públicas adoptar medidas reglamentarias transparentes y no discriminatorias para proteger los objetivos legítimos de política pública, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente. Muchos detractores de los AII afirman que reclamos particulares de inversionistas son contrarios a este principio. Sin embargo, aún asumiendo que este fuera el caso, -algo debatible- lo

³⁷ A este respecto, consultar los datos del Informe de Inversión Mundial del 2015 de la UNCTAD sobre la orientación de los cambios regulatorios en los regímenes de inversión en los países receptores. Disponible en www.unctad.org

que debería importar no es lo que reclaman los inversionistas. En efecto, al igual que en los tribunales nacionales, cualquier persona puede presentar un reclamo sin fundamento. Lo que importa es pues no la pretensión de quien reclama, sino si el tribunal que adjudica acoge esas pretensiones que supuestamente erosionan la potestad del Estado de regular en pos del bien común. En este sentido, no hay evidencia de que los tribunales de arbitraje hayan fallado contra un Estado por ejercer legítimamente sus poderes regulatorios. De hecho, la evidencia empírica muestra que los tribunales de arbitraje tienden a desestimar la mayoría de las reclamaciones presentadas contra los Estados y no al revés.

Quizás la crítica más importante a cualquier argumento que abogue por la eliminación del derecho internacional de la inversión en nombre del desarrollo es que ignora los múltiples roles que un efectivo régimen jurídico puede desempeñar en el mejor interés de los países emergentes.

En el contexto económico internacional actual, un régimen de inversión internacional jurídicamente orientado es un instrumento clave para los países en desarrollo. Lo anterior por tres razones fundamentales.

En primer lugar, la solución de controversias entre inversionistas y Estados limita significativamente la politización de las controversias de inversión entre Estados. Contrariamente a las disputas comerciales ante la OMC, donde el sector privado debe solicitar el apoyo de su Estado de origen para presentar una reclamación, los inversores no requieren ningún apoyo de su Estado de origen para presentar una reclamación al arbitraje bajo un AII. Además, numerosos AIIs establecen que se puede evitar que el Estado de origen de un inversionista se involucre en el conflicto a través de la protección diplomática mientras esté pendiente un arbitraje entre el inversionista y el Estado.

En segundo lugar, la solución de controversias entre inversionistas y Estados proporciona los medios para resolver las diferencias, no de acuerdo con el poder relativo de las partes, sino sobre la base de los principios, normas y disciplinas legales mutuamente acordadas. A medida que las relaciones entre los Estados se vuelven cada vez más interrelacionadas y complejas, y donde surgen tensiones cada vez con mayor frecuencia, los países en desarrollo, especialmente los más pequeños, tienen un poder económico, político y/o militar limitado para defender sus intereses. En consecuencia, el derecho internacional, a pesar de todas sus limitaciones, es uno de los pocos instrumentos que las economías

más pequeñas tienen a su disposición para promover sus agendas. Por lo tanto, lo mejor para los países en desarrollo es fomentar el desarrollo y la implementación efectiva del estado de derecho en los asuntos internacionales, incluíd la inversión transfronteriza.

En tercer lugar, la solución de controversias entre inversionistas y Estados ha ganado importancia para los países en desarrollo a medida que sus inversores locales y empresas crecen y también comienzan a buscar oportunidades de inversión en el extranjero para desarrollar sus negocios en casa. Esto no es insignificante, ya que el Informe de Inversión Mundial del 2015 de la UNCTAD sugiere que la IED de las cuentas de los países en desarrollo aumentó de un 25% de las salidas de IED mundiales en 2009 a un 39% en 2014. Un régimen de inversión internacional jurídicamente orientado ayuda a los países en desarrollo a proporcionar a sus inversores el mismo nivel de protección que disfrutaban los inversionistas de países desarrollados cuando hacen negocios en el extranjero.

LA NECESIDAD DE UN SISTEMA MULTILATERAL DE INVERSIÓN BASADO EN REGLAS PARA EL SIGLO XXI: ALGUNAS REFLEXIONES INICIALES

Como se indicó en las secciones anteriores, la IED sigue desempeñando un papel crucial en el desarrollo, conectando a los países de bajos y medianos ingresos con la economía global a través de las cadenas de valor forjadas por compañías multinacionales y brindando oportunidades de encadenamientos para sus negocios locales. En 2014, más del 55% de las entradas de IED de 1,23 mil millones de dólares del mundo se destinaron a países en desarrollo y esta proporción sigue aumentando. Además, el papel de los países en desarrollo como fuente de IED también está creciendo: el año pasado, más de un tercio de la IED mundial se originó en países de ingresos bajos y medios. A pesar del peso creciente de la IED en el crecimiento económico, el régimen de inversión internacional sigue teniendo tres serias deficiencias estructurales. Primero, carece de una sombrilla multilateral y, en cambio, se basa en una desordenada red de diferentes tipos de AIIs con normas y disciplinas similares, pero diferentes, lo que conlleva, entre otros problemas, a un desarrollo jurisprudencial inherentemente incoherente. En segundo lugar, la discusión actual sobre la solución de controversias entre inversionistas y Estados está desviando la atención de la función principal que el derecho internacional de la inversión

debería desempeñar en un mundo cada vez más interconectado por los patrones de producción internacionales. A saber: en lugar de ser utilizado exclusivamente disputas legales entre inversionistas y Estados, el derecho internacional de la inversión debería convertirse en un instrumento para facilitar la retención de inversiones en los países en desarrollo, brindando a las partes interesadas la oportunidad de gestionar conflictos antes de que escalen a disputas legales. En tercer lugar, a pesar de la incorporación cada vez mayor de cláusulas de disposiciones de inversión en los TLCs, el régimen de inversión internacional sigue estando significativamente desconectado del sistema multilateral de comercio. A continuación, nos referimos a cada uno de estos temas.

La Necesidad de Abordar la Fragmentación

En ausencia de un marco multilateral que regule la inversión de manera similar al existente para el caso del comercio, los flujos de IED están regulados por un régimen de varios niveles normativos, combinando la legislación nacional de los países, más de 3500 BITs y, cada vez más, disposiciones relacionadas con la inversión incluidas en más de 250 los TLCs. La negociación de acuerdos mega-regionales, pueden representar algunos pasos hacia una mayor coherencia para el régimen, pero claramente no es una convergencia completa, ya que muchos países no son parte de estas negociaciones.

Como se explicó anteriormente, mientras que los elementos centrales de este régimen de Tratados entrelazados e interrelacionados han existido durante más décadas, la formulación de normas de inversión ha evolucionado en múltiples frentes.³⁸ Primero, ha habido cierta aclaración de que las garantías de protección de la inversión no tienen la intención de erosionar la capacidad regulatoria del gobierno en la búsqueda de objetivos legítimos de política pública. En segundo lugar, los países también han acordado proporcionar mayor precisión sobre las reglas que rigen la resolución de disputas entre inversionistas y Estados. En tercer lugar, se presta mayor atención a la inversión responsable, con un enfoque particular en temas ambientales y sociales y con un objetivo más amplio de crecimiento equitativo y desarrollo sostenible. Cuarto, se ha reconocido el aumento de la multiplicidad de los tipos y formas de inversión extranjera, incluidos los modos de inversión por activos intangibles sin capital, las empresas y fondos estatales o afiliados al Estado y los inversionistas institucionales.

Aún con estas iniciativas internacionales, la comple-

jididad, la fragmentación y la naturaleza evolutiva de los regímenes de inversión en todo el mundo, se requiere un enfoque más coordinado y coherente para la implementación y el establecimiento de normas de inversión nacionales, bilaterales, regionales y transregionales. Existe una necesidad evidente de promover una mayor coherencia del régimen de inversión internacional para aprovechar de manera efectiva las relaciones de inversión internacional para el desarrollo sostenible.

A pesar del consenso emergente sobre la necesidad de promover una mayor coherencia, la pregunta clave es: ¿Cuáles serían los pasos políticos concretos que los gobiernos pueden adoptar en el corto o mediano plazo? Dependiendo del nivel de ambición de los diferentes países, se podría considerar una gama de diferentes opciones para lograr dicho objetivo. Paradójicamente, la negociación de un acuerdo multilateral con disciplinas vinculantes y exigibles sería claramente la opción más ambiciosa y, sin embargo, menos probable, dado el debate actual sobre el régimen de inversión internacional. Las negociaciones fallidas patrocinadas por la OCDE sobre el Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) y el intento fallido de incorporar las inversiones en la agenda final de la Ronda de Negociación de Doha de la OMC, aún pueden ser demasiado recientes en la memoria colectiva de las partes interesadas en inversiones.

Sin embargo, existen otras iniciativas que podrían explorarse para fomentar una mayor coherencia dentro del régimen de inversión internacional. Otras posibles alternativas a considerar implicarían construir sobre el trabajo de organizaciones internacionales como la OMC, la UNCTAD, la OCDE, el Banco Mundial y otros, articulando un marco básico que organiza las normas existentes, para desarrollar un conjunto de directrices o incluso un conjunto de principios para informar la inversión nacional en la elaboración de normas, asegurando que estas normas funcionen en beneficio de los países de origen y los receptores. Una posibilidad ser construir sobre la nueva generación de AII's e identificar el mínimo común denominador a nivel legal existente, resultante de las reglas y disciplinas internacionales incluidas en la "maraña" de Tratados Bilaterales de Inversión junto con los numerosos Acuerdos Comerciales Preferenciales y las disciplinas de la OMC aplicables a las inversiones. Este ejercicio no implicaría negociación alguna. Solamente un complejo análisis legal de los instrumentos existentes, evaluando en mínimo común denominador e identificando el "piso" normativo construido por la multiplicidad de AII's.

³⁸ This point is developed in Ehandi R. (2010). "Bilateral Investment Treaties and Investment Provisions in Regional Trade Agreements: Recent Developments in Investment Rulemaking" in K. Yannaca-Small (Ed.) *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues* (Oxford, New York: Oxford University Press)

LA NECESIDAD DE UTILIZAR LA LEY INTERNACIONAL DE INVERSIONES PARA MEJORAR LAS RELACIONES ENTRE INVERSIONISTAS Y ESTADOS, EN LUGAR DE CENTRARSE ÚNICAMENTE EN LAS CONTROVERSIAS SOBRE INVERSIONES

En particular, entre otras funciones, el derecho internacional de la inversión debe utilizarse para responder a la necesidad social real de encontrar formas efectivas para permitir que los inversionistas y los Estados receptores aborden sus problemas que puedan surgir naturalmente de su creciente interacción. Dichas soluciones a problemas deberían ejecutarse de manera eficiente, sin necesariamente incurrir en los costos asociados con el litigio. La forma de ajustar mejor esas técnicas de resolución de problemas al contexto particular de los conflictos entre inversionistas y Estados es una discusión importante y continua en muchos círculos académicos y políticos. Sin embargo, un punto clave ya reconocido por los expertos es que, independientemente de la técnica particular de solución alternativa de litigios que se pueda explorar, dada la compleja economía política de las disputas entre inversionistas y Estados, la mejor oportunidad para resolver una disputa entre un inversionista extranjero y un gobierno anfitrión es probablemente antes de que el conflicto de inversión escale al nivel de una disputa legal en virtud de un AII. Esto plantea la cuestión de cómo se puede lograr este objetivo.³⁹

Los Estados son organizaciones complejas. Además, dado su amplio ámbito de aplicación, las normas y disciplinas de los AIIs cubren una gran cantidad de políticas que son manejados por múltiples agencias gubernamentales. Tales agencias no tienen las mismas prioridades de política pública. Además, puede que no todas las agencias estén conscientes de la existencia de AIIs o que esté entre sus principales prioridades cumplir dichos tratados o leyes de protección a la inversión. De hecho, la mayoría -mas de un 70 por ciento- del total de las disputas entre inversionistas y Estados sometidas a arbitraje internacional en los últimos 30 años han involucrado medidas adoptadas por agencias reguladoras subnacionales o sectoriales específicas.

Para que las alternativas al arbitraje entre inversionistas y Estados tengan una mejor oportunidad de tener éxito en el futuro, es necesario proporcionar a los gobiernos una infraestructura institucional mínima que les permita identificar, rastrear y gestionar los conflictos que surjan entre los inversionistas y las agencias públi-

cas tan pronto como sea posible. Los gobiernos deben poder reaccionar de manera coordinada con respecto a un conflicto con un inversionista en una etapa muy temprana, mucho antes de que el inversionista agraviado presente un reclamo legal bajo un AII.

Permitir a los Estados evaluar rápidamente los conflictos y determinar el mejor curso de acción para abordarlos, es precisamente el papel clave que los mecanismos de gestión de conflictos entre inversionistas y Estados pretenden realizar. Actualmente, dicha infraestructura institucional no existe en muchos países. Los mecanismos de manejo de conflictos entre inversionistas y estados (MMC) se pueden definir como aquellos mecanismos institucionales o contractuales que tienen el propósito de permitir que los Estados receptores e inversionistas aborden sus reclamos de manera efectiva en una etapa muy temprana, evitando que sus conflictos se conviertan en conflictos legales serios. Los MMCs pueden permitir el uso de diversas técnicas preventivas de soluciones alternativas de litigios, como la evaluación neutral temprana, negociación asistida y otras técnicas de resolución de problemas para manejar adecuadamente un conflicto y evitar que éste escale al nivel de una disputa legal.

Evitar los costos económicos y políticos que conlleva el arbitraje entre inversionistas y Estados es una de las ventajas potenciales más atractivas de desarrollar mecanismos de gestión de conflictos, tanto para los inversionistas como para los gobiernos. Un manejo temprano del conflicto probablemente evitará que cualquier medida cause un daño significativo a cualquiera de las partes involucradas en la diferencia, eliminando así cualquier reclamo potencial de compensación. Además, un conflicto se puede resolver a través de soluciones que pueden no implicar el uso de algún recurso financiero público. Por ejemplo, una agencia puede simplemente implementar una medida que aborde el problema que motivó el conflicto.

Es importante aclarar que los MMCs no pueden, ni deberían, garantizar que todos los conflictos relacionados con la inversión no escalen al nivel de adjudicación internacional. Los mecanismos de gestión de conflictos presuponen el uso de técnicas basadas en los intereses de las partes, como la evaluación temprana neutral o la mediación preventiva, en lugar de la adjudicación por parte de un árbitro. Las técnicas basadas en los intereses de las partes pueden no ser adecuadas para tratar ciertos tipos de conflictos. Por ejemplo, cuando las partes necesitan aclarar la interpretación de una obligación legal o cuando el Estado anfitrión puede estar interesado en es-

³⁹ Este punto se desarrolla con más detalle en Echanti R (2014) Investor-State Conflict Management: A preliminary sketch, *Transnational Dispute Management*. Vol. 1 Issue 1, January 2014, available at: www.transnational-dispute-management.com

tablecer un precedente de política pública para el futuro, la adjudicación puede resultar necesaria.

El principal objetivo de los MMCs tampoco es evitar a toda costa el litigio entre inversionistas y Estados. Más bien, su razonamiento es permitir a las partes la posibilidad de seleccionar la mejor técnica de resolución de problemas para manejar sus conflictos: negociación directa, evaluación neutral temprana o cualquier otro método, o incluso el arbitraje incluido cuando sea la mejor opción. Proporcionar a las partes tal posibilidad sería importante para reducir los costos de transacción y además contribuir a un entorno más estable y armonioso, en el que los inversionistas y los Estados anfitriones puedan centrar su atención en maximizar los beneficios de las inversiones para todas las partes interesadas.

Los MMCs pueden ser particularmente útiles para lidiar con los conflictos relacionados con la inversión que surgen de la aplicación de políticas inconsistentes o falta de coordinación entre las diferentes agencias gubernamentales inconsistentes que con frecuencia implican la responsabilidad del Estado receptor bajo un AII. En este sentido, los MMCs pueden ser un vehículo para permitir que el derecho internacional de inversiones en general, y los AIIs en particular, desempeñen un papel más constructivo en el fortalecimiento del estado de derecho en los países receptores. Los MMCs pueden promover dicho resultado al permitir que una agencia líder utilice el derecho de inversión internacional y nacional como una herramienta para persuadir a otras agencias públicas, que generan un conflicto con el inversionista, para que consideren si sus acciones son de hecho de conformidad con los marcos de inversión aplicables, mucho antes de que el conflicto se convierta en una disputa. Además, al abrir nuevos canales adicionales para abordar los conflictos, los MMCs también pueden evitar reclamos frívolos por parte de inversionistas que pueden ver en el arbitraje entre inversionistas y Estados la única salida disponible para atraer la atención del Estado receptor para abordar un problema particular.

El establecimiento de la infraestructura institucional necesaria para permitir que los gobiernos operen adecuadamente los MMCs es un esfuerzo interno. Sin embargo, la agenda del MMC también tiene una dimensión internacional. El éxito de los MMCs Inversionista-Estado se basa en gran medida en la idea de permitir que tanto los Estados como los inversores negocien “al amparo de la ley”. Desde este punto de vista, este enfoque se basa en la idea de que los prospectos de enfrentar la responsabilidad internacional por un acto ilegal y las consecuencias pecuniarias asociadas para el presupuesto de

la agencia que incurre en la violación de una obligación de un AII, actuarían como un elemento disuasivo para una agencia para adoptar una medida incompatible con el derecho nacional e internacional. Claramente, para que tal suposición funcione en la práctica, dos condiciones serían de hecho necesarias.

Primero, los países requieren asistencia técnica para establecer sus MMCs institucionales o contractuales. Segundo, para fomentar las negociaciones al amparo de la ley, existe la necesidad de continuar promoviendo una mayor claridad con respecto al contenido del derecho internacional de inversiones. Ambos enfoques podrían promoverse a través de la cooperación internacional. El Grupo del Banco Mundial ha comenzado recientemente a desarrollar un programa específicamente dirigido a ayudar a los países en desarrollo a establecer MMCs. Se trata de una nueva iniciativa que se está experimentando en algunos países en desarrollo y que podría ampliarse aún más.

Además, la cooperación entre Estados también podría promover iniciativas para fomentar una mayor clarificación de los elementos clave del derecho internacional de inversiones. La negociación de declaraciones interpretativas y/o la inclusión de cláusulas específicas en los AIIs que permiten aclarar el alcance y el contenido de las disposiciones sustantivas de estos acuerdos son también otros pasos específicos que podrían emprenderse en esta dirección. Por ejemplo, ciertos AIIs establecen comisiones administrativas conjuntas que comprenden autoridades gubernamentales de las Partes Contratantes con capacidad para promulgar notas interpretativas acordadas conjuntamente que aclaran disposiciones particulares de los AIIs. Además, los Estados también podrían acordar otras iniciativas orientadas a promover, en la medida de lo posible, una mayor coherencia en la interpretación de los AIIs, como el establecimiento de un mecanismo de resoluciones preliminares o, alternativamente, mecanismos de apelación -como lo ha propuesto la Unión Europea en varios tratados recientes.

Otro enfoque sería promover la inclusión en los textos de los AIIs de incentivos más efectivos que induzcan a los inversionistas y gobiernos a realizar intentos reales, serios y de buena fe para explorar efectivamente los procesos de gestión de conflictos basados en intereses antes de que se pueda enviar cualquier notificación de intención de arbitraje por parte del inversionista afectado-reclamante.

En un mundo interdependiente como el actual, la búsqueda de alternativas a la resolución de disputas en-

tre inversionistas y Estados implica mucho más que soluciones y discusiones institucionales y de procedimiento. De hecho, plantea una profunda cuestión filosófica: ¿cuáles deberían ser los parámetros de la gobernanza que orientan la evolución del régimen de inversión internacional? La diferenciación entre resolución de disputas basada en el poder, el derecho y los intereses de las partes utilizada en el contexto de la teoría de conflictos resulta bastante útil cuando se traduce al contexto de la evolución histórica de las relaciones internacionales de inversión y el derecho internacional de inversiones en particular. Desde una tendencia en la que las controversias de inversión entre inversionistas y el Estado solían resolverse predominantemente a través del poder -revestido de legitimidad bajo la figura de “la protección diplomática”- con la proliferación de AIIs y el incremento en el uso del arbitraje entre inversionistas y Estados, la tendencia se ha desplazado hacia la resolución de conflictos basada en principios jurídicos.

Las relaciones internacionales de inversión se han vuelto cada vez más “jurídicamente orientadas”. En general, eso debe considerarse un desarrollo positivo para la gobernanza de la inversión, tanto internacional como nacional. Sin embargo, la legalización de las relaciones internacionales de inversión también está ejerciendo fuertes presiones sobre las administraciones de los países receptores, lo que lleva a varios actores políticos a resistir esas presiones y a desafiar la legitimidad del actual régimen internacional de inversiones. En este contexto, no es sorprendente que una parte importante de la literatura sobre el derecho internacional de inversiones se haya centrado recientemente en cómo el régimen internacional de inversiones y, en particular, los procedimientos de solución de controversias entre inversionistas y Estados deberían revisarse y ajustarse para responder adecuadamente a las realidades del siglo XXI.

Nadie podría argumentar que no es necesario mejorar los actuales mecanismos internacionales de arbitraje entre inversionistas y Estados en los AIIs, sin embargo, existen importantes desacuerdos sobre qué tipo de mejoras realizar y cómo se deben implementar. No obstante, e independientemente de esta discusión, el punto principal de esta nota es que cualquier intento serio de modernizar el régimen de inversión internacional debe tener en cuenta que, para cumplir adecuadamente su función, el régimen ya no puede permitir que todos los problemas que surjan entre los inversores y los Estados receptores sean abordados exclusivamente mediante el arbitraje entre inversionistas y Estados.

Es hora de concebir que la aplicación del derecho

internacional de la inversión vaya más allá de la actividad litigiosa. Después de pasar de una solución de controversias basada en el poder a una solución basada en principios jurídicos, es hora de que el régimen de inversión internacional vuelva a evolucionar, ahora en la dirección de incorporar dentro de su estructura los mecanismos de gestión de conflictos basados en los intereses de las partes.

LA NECESIDAD DE INTEGRAR MEJOR EL COMERCIO Y LA INVERSIÓN

Con el espectacular crecimiento de la producción internacional de bienes y servicios a escala global, los gobiernos de los países desarrollados y en desarrollo se han dado cuenta del papel central que desempeña la IED para posicionar sus economías nacionales en un mercado mundial interdependiente y en responder a las demandas de mayores y mejores empleos para sus ciudadanos.

Durante la última década, las negociaciones de los AIIs han abordado una amplia gama de temas. Un número creciente de AIIs incluye disposiciones más sofisticadas para la protección de las inversiones, así como compromisos de liberalización. En comparación con los BITs, los TLCs muestran una variación mucho mayor en su alcance, enfoque y contenido. Además, los TLCs recientes tienden a abarcar una gama más amplia de temas que, en los acuerdos más amplios, pueden incluir no solo la protección y liberalización de la inversión, sino también el comercio de bienes y servicios, derechos de propiedad intelectual, política de competencia, contratación pública, entrada temporal para personas de negocios, transparencia, así como la protección del medio ambiente y de los derechos laborales.

A pesar de la interacción cada vez más profunda entre la inversión internacional y el comercio, el Derecho de la Inversión ha tendido a evolucionar por separado del Derecho Internacional del Comercio. Tradicionalmente, los expertos de ambos campos rara vez han interactuado entre sí. Esto ha alimentado una visión artificial y excesivamente segmentada de estos dos pilares fundamentales del derecho y la política económica internacional. De hecho, a pesar de sus características y complejidades particulares, el comercio internacional y la inversión ya no son dos formas competitivas sino complementarias para servir e integrar a los mercados internacionales. En consecuencia, existe una verdadera necesidad de evaluar y estudiar ambas áreas temáticas a través de un lente más integrado y de esforzarse por

identificar y explotar las sinergias naturales entre ellas y extenderlas a otros campos emergentes del derecho económico internacional, como el derecho y la política de competencia, a los que están íntimamente ligados.

La inclusión de capítulos de inversión en los TLCs representa claramente un paso hacia la integración del derecho comercial y de inversiones como parte del sistema de gobierno de una economía global caracterizada por patrones de producción internacional en los que el inversor se ha convertido en comerciante, tanto importador como exportador, y viceversa. Algunos expertos han expresado su preocupación por la integración de estas dos áreas del Derecho, argumentando que si bien la inversión está arraigada en el Derecho de Protección de Bienes, el Derecho Comercial está arraigado en Derecho de Transacciones. Sin embargo, independientemente de cualquier discusión teórica y legal, las características de los flujos de inversión muestran cómo los viejos paradigmas están siendo superados rápidamente por las realidades económicas y tecnológicas. En menos de dos décadas, el comercio de servicios, que hasta ahora solía denominarse “no comerciable”, se ha convertido en un componente creciente en los flujos de comercio e inversión. En resumen, cuanto mayor sea la proporción de la producción internacional gobernada mediante acuerdos mega regionales, más clara será la necesidad de contar con un sistema multilateral que regule integralmente no solo el comercio, sino también la inversión, así como otras áreas del derecho internacional económico.

CONCLUSIÓN

Una parte importante del régimen de inversión internacional, en particular el modelo tradicional de BITs originalmente promovido por países europeos se diseñó en un contexto histórico en el que la IED solía fluir de Norte a Sur y solía concentrarse en IED orientada a la explotación de recursos naturales. En las últimas tres décadas, los flujos de inversión han cambiado significativamente, no solo en términos de sus determinantes, sino también en la dirección en que fluyen, así como en su composición sectorial, modalidades y los sujetos que se han convertido en inversionistas internacionales. La inversión y el comercio se han convertido en dos caras de la misma moneda de la producción internacional.

Sin embargo, a pesar de estas transformaciones tan radicales, el actual régimen de inversión internacional está generando una gran controversia debido al aumento en la actividad litigiosa entre inversionistas y Estados. Esta controversia no solo distrae la atención de actua-

lizar y fortalecer el derecho internacional de la inversión, sino que también distrae la atención de identificar medios no litigiosos para usar los AIIs para abordar los problemas y evitar que escalen en disputas legales.

El debate sobre el arbitraje inversionista-Estado no debería distraer a los gobiernos y a la academia de discernir una gran oportunidad para el avance sistémico legal en este campo. Por primera vez en la historia, debido a los AIIs, los gobiernos de muchos países en desarrollo se han comprometido explícitamente a respetar principios como el debido proceso, la transparencia, la proporcionalidad y la no discriminación en la acción administrativa. El problema no es por lo tanto, la existencia del derecho internacional de la inversión. El desafío que se debe superar es utilizarlo para mejorar el cumplimiento efectivo de dichos principios sin distingo de nacionalidad. La solución no es desmantelar el Derecho de la Inversión, como algunos abogan, sino seguir desarrollándolo y aplicándolo de una manera mas efectiva, mas eficiente y menos costosa. ¿Cómo? Promoviendo el uso de AIIs como punto de referencia para mecanismos de manejo de conflictos (MMCs) por medios no litigiosos, entre inversionistas y Estados.

Gracias al carácter bilateral de los AIIs, los países industrializados también son responsables de acatar las reglas y disciplinas internacionales. Por primera vez en la historia, estos países han tenido que responder a reclamos de inversionistas, algunos de ellos de países en desarrollo. Esto ha generado una gran incomodidad en muchos sectores de los países desarrollados, quienes perciben que su soberanía nacional se está erosionando. Paradójicamente, en la mayoría de los países en desarrollo con sociedades más acostumbradas a adaptarse a las presiones internacionales, el uso del derecho internacional como herramienta para proteger a sus propios inversionistas y las condiciones para sus exportaciones es cada vez más familiar. Muchos países en desarrollo entienden que, en un mundo cada vez más interactivo, el problema no es si el conflicto es evitable, sino más bien si los conflictos se resolverán de acuerdo con el poder político, económico o militar, o, por el contrario, de acuerdo a principios y reglas legales mutua y previamente acordados.

En un mundo interdependiente, donde los Estados nacionales deben aprender a cooperar para abordar los problemas que afectan al bien común, lo que está obsoleto es salvaguardar la noción de soberanía estatal absoluta como un dogma. El derecho internacional, que por cierto goza de la misma legitimidad política original que el derecho interno, ya que también está aprobado

por los parlamentos nacionales para que sea legalmente vinculante y exigible, será cada vez más necesario. Lo anterior pese a los gritos nacionalistas de gobiernos populistas de turno. En todos los rincones del mundo, la demanda más común de los ciudadanos a sus gobiernos es implementar políticas conducentes a generar más y mejores empleos. Hoy en día, tal resultado depende cada vez más de cómo cada país se inserta en las cadenas de valor internacionales de la producción de bienes y servicios. Como la IED es el vehículo clave para unirse a dichas redes de producción, la pregunta no es si el Derecho de la Inversión es necesario o no, sino cómo modernizarlo para garantizar que los países en desarrollo

puedan tener los medios adecuados para defender sus intereses. Por lo tanto, tengamos cuidado de que, en ese empeño, los países en desarrollo no terminen sufriendo las consecuencias del desmantelamiento de un régimen que equilibra el poder sobre la base de normas y disciplinas jurídicas, y que, por lo tanto, regresemos a la era de la diplomacia del poder.

BIBLIOGRAFÍA

- Aitken, Brian J., and Ann E. Harrison. 1999. "Do Domestic Firms Benefit from Direct Foreign Investment? Evidence from Venezuela." *American Economic Review* 89 (3): 605–18.
- Alfaro, Laura, and Maggie X. Chen. 2015. "Market Reallocation and Knowledge Spillover: The Gains from Multinational Production." Harvard Business School Working Paper 12-111. Cambridge, Mass.
- Almeida, Rita. 2007. "The Labor Market Effects of Foreign Owned Firms." *Journal of International Economics* 72: 75–96.
- Antras, Pol, Mihir A. Desai, and C. Fritz Foley. 2009. "Multinational Firms, FDI Flows, and Imperfect Capital Markets." *Quarterly Journal of Economics* 124 (3): 1171–1219.
- Arnold, Jens M., and Beata S. Javorcik. 2009. "Gifted Kids or Pushy Parents? Foreign Direct Investment and Plant Productivity in Indonesia." *Journal of International Economics* 79 (1): 42–53.
- Arnold, Jens M., Beata S. Javorcik, and Aaditya Mattoo. 2011. "Does Services Liberalization Benefit Manufacturing Firms?" *Journal of International Economics* 85 (1): 136–46.
- Arnold, Jens Matthias, Beata Javorcik, Molly Lipscomb, and Aaditya Mattoo. 2012. "Services Reform and Manufacturing Performance: Evidence from India." Policy Research Working Paper 5948. World Bank, Washington, D.C.
- Azémard, Céline, and Rodolphe Desbordes. 2010. "Short-run Strategies for Attracting Foreign Direct Investment." *World Economy* 33 (7): 928–57 (N).
- Bamber, P., K. Fernandez-Stark, G. Gereffi, and A. Guinn. 2014. "Connecting Local Producers in Developing Countries to Regional and Global Value Chains—Update." OECD Trade Policy Paper 160. Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris.
- Barattieri, Alessandro, Ingo Borchert, and Aaditya Mattoo. 2014. "Cross-Border Mergers and Acquisitions in Services: The Role of Policy and Industrial Structure." Policy Research Working Paper 6905. World Bank, Washington, D.C.
- Becker, Sascha O., Peter H. Egger, and Valeria Merlo. 2012. "How Low Business Tax Rates Attract MNE Activity: Municipality-Level Evidence from Germany." *Journal of Public Economics* 96, 698–711.
- Berger, A., M. Busse, P. Nunnenkamp, and M. Roy. 2013. "Do Trade and Investment Agreements Lead to More FDI? Accounting for Key Provisions inside the Black Box." *International Economics and Economic Policy* 10 (2): 247–75.
- Blalock, Garrick and Paul J., Gertler. 2009. "How Firm Capabilities Affect Who Benefits from Foreign Technology." *Journal of Development Economics*, Elsevier, 90(2):192–199.
- Blomstrom, Magnus, and Ari Kokko. 2003. "The Economics of Foreign Direct Investment Incentives." NBER Working Paper 9489. National Bureau of Economic Research, Cambridge, Mass.
- Blonigen, Bruce A., and Alyson C. Ma. 2010. "Please Pass the Catch-up: The Relative Performance of Chinese and Foreign Firms in Chinese Exports." In *China's Growing Role in World Trade*, ed. Robert C. Feenstra and Shang-Jin Wei. Chicago: University of Chicago Press for the NBER.
- Borchert, Ingo, Batshur Gootiiz, and Aaditya Mattoo. 2012. "Policy Barriers to International Trade in Services: Evidence from a New Database." Policy Research Working Paper 6109. World Bank, Washington, D.C.
- Busse, Matthias, Jens Koniger, and Peter Nunnenkamp. 2010. "FDI Promotion through Bilateral Investment Treaties: More Than a Bit?" *Review of World Economics* 146 (1): 147–77.

- Büthe, T. and H.V. Milner. 2014. "Foreign Direct Investment and Institutional Diversity in Trade Agreements: Credibility, Commitment, and Economic Flows in the Developing World, 1971-2007." *World Politics* 66 (1): 88–122.
- Chen, Huiya, Swenson, Deborah L. 2014. "Multinational Exposure and the Quality of New Chinese Exports." *Oxford Bulletin of Economics and Statistics* 76(1): 41–66.
- Colen, L., D. Persyn, and A. Guariso. 2014. "What Type of FDI Is Attracted By Bilateral Treaties?" Discussion Paper 346/2014. LICOS Centre for Institutions and Economic Performance. Leuven.
- Conyon, Martin J, Sourafel Girma, Steve Thompson, Peter W Wright. 2002. "The Productivity and Wage Effects of Foreign Acquisition in the United Kingdom." *Journal of Industrial Economics* 50: 85–102.
- Criscuolo, Chiara, Ralf Martin, Henry G. Overman, and John Van Reenen. 2012. "The Causal Effects of an Industrial Policy." CEP Discussion Paper No 1113. Center for Economic Performance, London.
- De la Medina Soto, Christian, and Tania M. Ghossein. 2013. "Starting a Foreign Investment across Sectors." Policy Research Working Paper 6707. World Bank, Washington, D.C.
- De Mooij, Ruud, and Sjeef Ederveen. 2008. "Corporate Tax Elasticities: A Reader's Guide to Empirical Findings." *Oxford Review of Economic Policy* 24 (4): 680–97.
- Desai, M. A., C. F. Foley, and J. R. Hines. 2002. "Chains of Ownership, Regional Tax Competition, and Foreign Direct Investment." NBER Working Paper 9224. National Bureau of Economic Research, Cambridge, Mass.
- Devereux, Michael P., Rachel Griffith, and Helen Simpson. 2007. "Firm Location Decisions, Regional Grants and Agglomeration Externalities." *Journal of Public Economics*, Elsevier 91(3-4): 413–35.
- Du, Luosha, Ann Harrison, and Gary H. Jefferson. 2012. "Testing for Horizontal and Vertical Foreign Investment Spillovers in China, 1998–2007." *Journal of Asian Economics* 23 (3): 234–43.
- Duranton, Gilles, Laurent Gobillon, and Henry G. Overman. 2011. "Assessing the Effects of Local Taxation Using Microgeographic Data." *Economic Journal* 121: 1017–1046.
- Echandi, Roberto. 2019 "The Debate on Treaty-Based Investor–State Dispute Settlement: Empirical Evidence (1987–2017) and Policy Implications", ICSID Review, Vol. 34, No. 1 (2019), pp. 1–30
- 2018, "Bilateral Investment Treaties and Investment Provisions in Preferential Trade Agreements" en Yannaca-Small Katia (Ed) *Arbitration under International Investment Agreements*, 2nd edition, Oxford University Press
- Echandi R & Gonstead M. (2017), *Investor-State Conflict Management*, en Cottier T, & Nadakavukaren K, (2017) *Elgar Encyclopedia of International Economic Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK.
- Echandi, R. Krajcovicova J, & Qiang C., 2015, "The Impact of Investment Policy in a Changing Global Economy: A Review of the Literature, World Bank Policy Research Working Paper, No. 7437, disponible en <http://documents.worldbank.org/curated/en/664491467994693599/pdf/WPS7437.pdf>
- Echandi R, 2014, "Investor-State Conflict Management", *Transnational Dispute Management*, Vol 11, Issue 1, disponible en <https://www.transnational-dispute-management.com/downloads/tdm-v11-01.pdf>
- Echandi R, & Sauvé P., (Eds) (2013) *Prospects in International Investment Law & Policy*, Cambridge University Press.
- Echandi R. (2011). "What do Developing Countries Expect from the International Investment Regime?" en Sauvage K. & Alvarez J (2011), *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities & Options*, Oxford University Press
- "Bilateral Investment Treaties and Investment Provisions in Preferential Trade Agreements". (2010). En Yannaca-Small Katia (Ed) *Arbitration under International Investment Agreements*, 2nd edition, Oxford University Press
- Egger, Peter, and Valeria Merlo. 2012. "BITs Bite: An Anatomy of the Impact of Bilateral Investment Treaties on Multinational Firms." *Scandinavian Journal of Economics* 114 (4): 1240–66.
- Farole, Thomas, and Deborah Winkler. 2012. "Foreign Firm Characteristics, Absorptive Capacity and the Institutional Framework: The Role of Mediating Factors for FDI Spillovers in Low- and Middle-Income Countries." Policy Research Working Paper 6265. World Bank, Washington, D.C.
- "The Role of Mediating Factors for FDI Spillovers in Developing Countries: Evidence from a Global Dataset." In *Making Foreign Direct Investment Work for Sub-Saharan Africa*. (2014). Washington, D.C.: World Bank.
- Fernandes, Ana, and Caroline Paunov. 2012. "Foreign Direct Investment in Services and Manufacturing Productivity: Evidence for Chile." *Journal of Development Economics* 97: 305–21.
- Freedman, Matthew. 2013. "Targeted Business Incentives and Local Labor Markets." *Journal of Human Resources* 48(2).
- Fosfuri, Andrea, Massimo Motta, and Thomas Ronde. 2001. "Foreign Direct Investments and Spillovers through Worker Mobility." *Journal of International Economics* 53: 205–22.
- Freund, Caroline, and Martha Denisse Pierola. 2012. "Export superstars." Policy Research Working Paper 6222. World Bank, Washington, D.C.
- Girma, Sourafel, and Holger Görg. 2007. "Multinationals' Productivity Advantage: Scale or Technology?" *Economic Inquiry* 45 (2): 350–62.
- Gómez-Mera, Laura, Thomas Kenyon, Yotam Margalit, José Guilherme Reis and Gonzalo Varela. 2015. "New Voices in Investment." Washington, D.C.: World Bank.

- Görg, Holger, and Eric Strobl. 2005. "Spillovers from Foreign Firms through Worker Mobility: An Empirical Investigation." *Scandinavian Journal of Economics* 107 (4): 693–709.
- Görg, H., and David Greenaway. 2004. "Much Ado about Nothing? Do Domestic Firms Really Benefit from Foreign Direct Investment?" *The World Bank Research Observer* 19 (2): 171–97.
- Haftel, Yoram Z. 2010. "Ratification Counts: U.S. Investment Treaties and FDI flows into developing Countries." *Review of International Political Economy* 17 (2): 348–77.
- Hanson, Andrew, and Shawn Rohlin. 2011. "The Effect of Location-Based Tax Incentives on Establishment Location and Employment across Industry Sectors." *Public Finance Review* 39: 195–225.
- Harding, Torfinn, and Beata S. Javorcik. 2011a. "Roll Out the Red Carpet and They Will Come: Investment Promotion and FDI Inflows." *Economic Journal* 121 (557): 1445–76.
- "FDI and Export Upgrading." (2011b). Economics Series Working Papers 526, University of Oxford, Department of Economics.
- "Investment Promotion and FDI Inflows: Quality Matters." (2013). CESifo Economic Studies, *CESifo* 59: 337–59.
- Harris, Richard, and Catherine Robinson. 2003. "Foreign Ownership and Productivity in the United Kingdom: Estimates for U.K. Manufacturing Using the ARD." *Review of Industrial Organization* 22: 207–23.
- Haskel, Jonathan E., Sonia C. Pereira, and Matthew J. Slaughter. 2007. "Does Inward Foreign Direct Investment Boost the Productivity of Domestic Firms?" *MIT Review of Economics and Statistics* 89 (3): 482–96.
- Heyman, Fredrik, Fredrik Sjöholm, and Patrik Gustavsson Tingvall. 2007. "Is There Really a Foreign Ownership Wage Premium? Evidence from Matched Employer-Employee Data." *Journal of International Economics* 73 (2): 355–76.
- Hijzen, Alexander, Pedro S. Martins, Thorsten Schank and Richard, Upward. 2013. "Foreign-owned Firms around the World: A Comparative Analysis of Wages and Employment at the Micro-level." *European Economic Review*, Elsevier60(C): 170–188.
- Hufbauer, Gary Clyde, Jeffrey J. Schott, Cathleen Cimino, Martin Vieiro, and Erika Wada. 2013. "Local Content Requirements: A Global Problem." Policy Analyses 102. Peterson Institute for International Economics, Washington, D.C.
- James, Sebastian. 2013. "Effectiveness of Tax and Non-Tax Incentives and Investments: Evidence and Policy Implications." World Bank Group, Washington, D.C.
- Javorcik, Beata S. 2004. "Does Foreign Direct Investment Increase the Productivity of Domestic Firms? In Search of Spillovers through Backward Linkages." *American Economic Review* 94 (3): 605–27.
- "Does FDI Bring Good Jobs to Host Countries?" (2014). Policy Research Working Paper 6936. World Bank, Washington, D.C.
- Javorcik, Beata S., and Yue Li. 2013. "Do the Biggest Aisles Serve a Brighter Future? Global Retail Chains and Their Implications for Romania." *Journal of International Economics* 92 (2): 348–63.
- Javorcik, Beata S., and Mariana Spatareanu. 2005. "Disentangling FDI Spillover Effects: What Do Firm Perceptions Tell Us?" In *Does Foreign Direct Investment Promote Development?* Ed. T. Moran, E. Graham, and M. Blomstrom. Washington, D.C.: Institute for International Economics.
- "Tough Love: Do Czech Suppliers Learn from Their Relationships with Multinationals?" (2009). *Scandinavian Journal of Economics* 111 (4): 811–33.
- Kee, Hiau Looi, 2015. "Local Intermediate Inputs and the Shared Supplier Spillovers of Foreign Direct Investment." *Journal of Development Economics*, Elsevier112: 56–71.
- Keller, Wolfgang, and Stephen Yeaple. 2009. "Multinational Enterprises, International Trade, and Technology Diffusion: A Firm-level Analysis of the Productivity Effects of Foreign Competition in the United States." *Review of Economics and Statistics* 91 (4): 821–31.
- Klemm, Alexander, and Stefan Van Parys. 2012. "Empirical Evidence on the Effects of Tax Incentives." *International Tax and Public Finance* 19 (3): 393–423.
- Kuntze, Jan-Christoph, and Tom Moerenhout. 2013. "Local Content Requirements and the Renewable Energy Industry—A Good Match?" International Center for Trade and Sustainable Development and Global Green Growth Institute. Geneva.
- Leshner, Molly and Sébastien Miroudot. 2006. "Analysis of the Economic Impact of Investment Provisions in Regional Trade Agreements." OECD Trade Policy Papers 36. OECD Publishing.
- Lipsey, Robert E., and Fredrik Sjöholm. 2004. "Foreign Direct Investment, Education and Wages in Indonesian Manufacturing." *Journal of Development Economics* 73 (1): 415–22.
- Lipsey, Robert, Fredrik Sjöholm, Jing Sun. 2010. Foreign Ownership and Employment Growth in Indonesian Manufacturing. NBER Working Paper No. 15936. National Bureau of Economic Research, Cambridge, Mass.
- Long, Guoqiang. 2005. "China's Policies on FDI: Review and Evaluation." In *Does Foreign Direct Investment Promote Development?* Ed. Theodore Moran, Edward M. Graham, and Magnus Blomstrom. Washington, D.C.: Peterson Institute for International Economics.
- Meyer, Klaus, and Evis Sinani. 2009. "When and Where Does Foreign Direct Investment Generate Positive Spillovers? A Meta-Analysis." *Journal of International Business Studies* 40 (7): 1075–94.
- Miller Scott & Hicks Gregory (2015). "Investor-State Dispute Settlement: A Reality Check" Washington, D.C.: Center for Strategic & International Studies.
-

- https://csis-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/legacy_files/files/publication/150116_Miller_InvestorStateDispute_Web.pdf
- MIGA (Multilateral Investment Guarantee Agency). 2014. *World Investment and Political Risk 2013*. Washington, D.C.: World Bank Group.
- Moran, Theodore H. 1998. *Foreign Direct Investment and Development: The New Policy Agenda for Developing Countries and Economies in Transition*. Washington, D.C.: Peterson Institute for International Economics.
2006. *Harnessing Foreign Direct Investment for Development: Policies for Developed and Developing Countries*. Washington D.C.: Center for Global Development.
2011. *Foreign Direct Investment and Development: Launching a Second Generation of Policy Research: Avoiding the Mistakes of the First, Re-Evaluating Policies for Developed and Developing Countries*. Washington, D.C.: Peterson Institute for International Economics.
2014. "Foreign Investment and Supply Chains in Emerging Markets: Recurring Problems and Demonstrated Solutions." Working Paper 14-12. Peterson Institute for International Economics, Washington, D.C.
- OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) - WTO (World Trade Organization) Database on Trade in Value Added (TiVA). Preliminary results from 2013 data. https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/miwi_e/tradedataday13_e/oecdbrochurejanv13_e.pdf
- OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), WTO (World Trade Organization), and the WBG (World Bank Group). 2014. "Global Value Chains. Challenges, Opportunities and Implications for Policy." Report prepared for submission to the G20 Trade Ministers Meeting Sydney, Australia, 19 July 2014.
- Paniagua, Jordi, and Andrew Myburgh. Forthcoming. "Does International Commercial Arbitration Promote Foreign Direct Investment?" Catholic University of Valencia, Faculty of Economics and Business, Spain, and World Bank Group, Washington, D.C.
- Piermartini, Roberta, and Stela Rubínová. 2014. "Knowledge Spillovers through international supply chains." World Trade Organization Working Paper ERSD-2014-11.
- Poole, Jennifer. 2013. "Knowledge Transfers from Multinational to Domestic Firms: Evidence from Worker Mobility." *Review of Economics and Statistics* 95 (2): 393–406.
- Rahardja, Sjamsu and Gonzalo Varela. 2014. "Nothing to Fear but Fear Itself: Evidence on Imported Intermediates in Indonesia". World Bank Economic Premise 85983.
- Rahman, Aminur. 2014. "Investment Climate Reforms and Job Creation in Developing Countries: What Do We Know and What Should We Do?" Policy Research Working Paper 7025. World Bank, Washington, D.C.
- Sánchez-Martín, Miguel Eduardo, Jaime De Piniés, and Kássia Antoine. 2015. "Measuring the Determinants of Backward Linkages from FDI in Developing Economies: Is It a Matter of Size?" Policy Research Working Paper 7185. World Bank, Washington D.C.
- Sauvant, Karl P., Lisa E. Sachs. 2009. "The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows". New York: Oxford University Press.
- Swenson, Deborah L. 2008. "Multinationals and the Creation of Chinese Trade Linkages." *Canadian Journal of Economics* 41(2): 596–618.
- UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development). 2005. *World Investment Report 2005: Transnational Corporations and the Internationalization of R&D*. New York and Geneva.
2007. "Elimination of TRIMS: The Experience of Selected Developing Countries." New York and Geneva.
2013. *World Investment Report 2013: Global Value Chains: Investment and Trade for Development*. New York and Geneva.
2014. *World Investment Report 2014: Investing in the SDGs: An Action Plan*. New York and Geneva.
- Wagle, Swarnim. 2011. "Investing across Borders with Heterogeneous Firms: Do FDI-Specific Regulations Matter?" Policy Research Working Paper 5914. World Bank, Washington, D.C.
- WEF (World Economic Forum). 2013. "Foreign Direct Investment as a Key Driver for Trade, Growth, and Prosperity: The Case for a Multilateral Agreement on Investment." Global Agenda Council on Global Trade and FDI, Geneva.
- Wren, Colin, and Jonathan Jones. 2011. "Assessing the Regional Impact of Grants on FDI Location: Evidence from U.K. Regional Policy, 1985–2005." *Journal of Regional Science* 51 (3): 497–517.
- Yackee, Jason. 2009. "Do BITs Really Work? Revisiting the Empirical Link between Investment Treaties and Foreign Direct Investment." In *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*. Ed. Karl P. Sauvant and Lisa L. Sachs. Oxford: Oxford University Press.